



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

KARINA RAMOS BEZERRA

***AS ASTREINTES* COMO INSTRUMENTO EFICAZ NA SEARA
PROCESSUALISTA**

**SOUSA - PB
2010**

KARINA RAMOS BEZERRA

**AS *ASTREINTES* COMO INSTRUMENTO EFICAZ NA SEARA
PROCESSUALISTA**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. João de Deus Quirino Filho.

Área: Direito Processual Civil

**SOUSA - PB
2010**

KARINA RAMOS BEZERRA

**AS ASTREINTES COMO INSTRUMENTO EFICAZ NA SEARA
PROCESSUALISTA**

BANCA EXAMINADORA

Prof. João de Deus Quirino Filho
Orientador

Vanina Oliveira F. de Sousa
Membro da Banca Examinadora

Leonardo Figueiredo de Oliveira
Membro da Banca Examinadora

Sousa/PB

2010.1

Dedico este trabalho à memória do meu pai Benjamim Bezerra da Silva, por todas as lições de dignidade e caráter e por ter me ensinado, mesmo de forma intuitiva, que a Justiça é maior que o Direito.

AGRADECIMENTOS

À força poderosa de Deus;

A minha mãe Zélia Maria Ramos Patriota Bezerra, por todo amor, dedicação, incentivo e apoio em todos os momentos dessa caminhada;

Ao meu filho tão amado que nasceu neste ano e que me acompanhou no ventre durante este trabalho de graduação;

Ao meu orientador, professor João de Deus Quirino Filho, pela disponibilidade e pelo exemplo, indispensáveis para realização desse trabalho;

Aos demais professores do Centro de Ciências Jurídicas da UFCG – campus Sousa-PB;

Aos amigos de sempre, pelos acalorados debates, motivos de posteriores reflexões e aprendizado;

A todos que de qualquer forma colaboraram para concretude dessa monografia.

*Posso não ser a favor de nenhuma palavra
que tu dizes, mas defenderei até o último
instante o Direito de dizê-la.*

Voltaire

RESUMO

A monografia presente, intitulada "As *astreintes* como instrumento eficaz na seara processualista", aborda situações de investigação acerca das atribuições, princípios, teoria e prática do referido ato processual sem falência para o devedor e cumprimento da obrigação de dar ou fazer. O objetivo acadêmico precípua é o de estudar os mecanismos legais e consuetudinários que efetivamente vêm sendo cumpridos no cotidiano funcional das multas judiciais, diante das situações corriqueiras exigíveis à luz do processo civil ordinário e que atrasam ainda mais o andamento do processo, para, assim, permitir a compreensão dos múltiplos aspectos jurídicos envolvidos na interface de submissão aos princípios norteadores pela peculiar dinâmica do exercício diário das tarefas inerentes ao magistrado nas execuções diversas. A metodologia selecionada é a revisão teórica, com a consulta aos principais marcos relacionados ao tema monográfico, tendo sido escolhida a vertente qualitativa e o método dedutivo, para viabilizar, assim, o estudo e a compreensão da intrincada rede de motivações que leva, de um lado, à renitência da incompreensão de múltiplos aspectos das atribuições do Código de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, e de outro, a busca do entendimento acerca da evolução legal dos princípios, teóricos e práticos dos atos processuais que diretamente possuem sua eficácia correlacionada ao pleno exercício funcional pela busca à concretização do ato jurídico e fim. Os resultados desejados evidenciam que a prática e o que pode ser considerado como procedimento ideal nem sempre se justapõem, destacando-se assim a importância crescente desta multa, com vistas ao efetivo desenvolvimento de suas responsabilidades, no cumprimento das ordens interlocutórias, requerendo capacitação ampla para a manutenção do bom prestígio da Justiça Brasileira.

Palavras-chave: Liberalidade do Juiz. Constitucionalidade. Prática Processual.

ABSTRACT

The present monograph, intitled "The *astreintes* as efficient instrument in seara procedure", approaches situations of inquiry concerning the attributions, principles, practical theory and of the related procedural act without bankruptcy for the debtor and fulfilment of the obligation to give or to make. The main academic objective is to study the legal and common mechanisms that effectively come being fulfilled in the daily functionary of the fines judicial, ahead of the demandable current situations to the light of the usual civil action and that they still more delay the course of the process, for, thus, to allow to the understanding of the multiple involved legal aspects in the interface of submission to the principles for the peculiar dynamics of the daily exercise of the inherent tasks the magistrate in the diverse executions. selected methodology is the theoretical revision, with the consultation to main landmarks related to the monographic subject, having been chosen the qualitative source and the deductive method, to make possible, thus, the study and the understanding of the intricate net of motivations that leads, of a side, to the retinencia of the incompreendacion of multiple aspects of the attributions of the Code of Civil action, of the Code of Defense of the Consumer and the Federal Constitution, and of another one, it searches of the agreement concerning the legal evolution of the principles, practical theoreticians and of the procedural acts that directly they possess its correlated effectiveness the full one functional exercise for the search to the concretion of the legal act and end. The desired results evidence that the practical one and what ideal procedure always can be considered as nor if they juxtapose, being distinguished thus the increasing importance of this fine, with sights to the effective development of its responsibilities, in the fulfilment of the interlocutory orders, requiring ample qualification for the maintenance of the good prestige of Brazilian Justice.

Word-key: Liberality of the Judge. Constitutionality. Practical Procedural.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	12
2- DA TUTELA JURISDICIONAL	15
2.1 Da Relação entre o Direito Material e o Processo	15
2.2 Da Prestação da Tutela Jurisdicional	16
2.2.1 Breve panorâmico histórico	16
2.2.2 A prestação da tutela jurisdicional sob a perspectiva do direito de acesso à Justiça	18
2.2.3 A problemática da efetividade do processo	20
2.2.4 Necessidade de adoção de meios processuais diversificados para a prestação de uma tutela adequada	21
2.2.5 Técnicas de tutela	22
2.3 Da Busca da Tutela Jurisdicional Específica	24
2.4 Da Tutela Inibitória: Uma Nova Tutela Jurisdicional	27
2.4.1 A classificação tradicional das sentenças e a necessidade de sua adequação a um novo modelo de tutela	27
2.4.2 A tutela inibitória	30
2.5 Das Tutelas Presentes nos Arts. 461, 461-A, do Código de Processo Civil e 84, Código de Defesa do Consumidor	32
2.6 Necessidade de Medidas Coercitivas: As astreintes Como Instrumento de Efetividade da Tutela Jurisdicional	33
3- AS ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	35
3.1 Previsão Legislativa das Astreintes no Ordenamento Jurídico Pátrio	35
3.2 Breves Comentários Históricos: Estudo de Direito Comparado	36
3.3 Estudo das Disposições do Artigo 461 do CPC	36
3.3.1 Excepcionalidade das perdas e danos	39

3.3.3 Antecipação de tutela.....	40
3.3.4 Medidas necessárias.....	41
3.3.5 Auto-xecutoriedade da sentença.....	42
3.4 Conceito, Natureza Jurídica e Características das astreintes	43
3.4.1 Conceito.....	43
3.4.2 Natureza Jurídica.....	44
3.4.3. Caráter coercitivo das <i>astreintes</i>	45
3.4.4 Caráter acessório das <i>astreintes</i>	46
3.4.5 Caráter patrimonial	47
3.5 Das Obrigações que Autorizam a Imposição Judicial de Astreintes	48
3.5.1 Das obrigações de fazer e não fazer.....	48
3.5.2 Aplicação das <i>astreintes</i> e a fungibilidade das obrigações	49
3.6. Sujeito Passivo da Multa.....	50
3.6.1 Da aplicação das <i>astreintes</i> em face da fazenda pública.....	50
3.6.2 <i>Astreintes</i> contra o autor e contra terceiros.....	53
3.7 Momento de Fixação das Astreintes	54
3.8 Determinação do Valor da Multa	55
3.9 Incidência e de Periodicidade.....	57
3.10 Exigibilidade	58
4- DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO JUDICIAL DAS ASTREINTES	61
4.1 O Caráter Coercitivo das Astreintes Diante dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	61
4.2 Da Necessidade de Redução Judicial das Astreintes e a Previsão do §6º do Artigo 461 do CPC	64
4.3 Do Beneficiário da Multa.....	69
4.4 Limites da Coisa Julgada em Relação à Possibilidade de Redução Judicial da Multa Cominatória	71

4.5 Possibilidade de Redução das Astreintes nas Relações Jurídicas Disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor.	74
5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS.....	78

1- INTRODUÇÃO

Este trabalho tentará proporcionar àqueles que recorrem ao Estado-juiz soluções de seus conflitos, constatou-se que algumas espécies de obrigações, a exemplo daquelas que impõem um dever de fazer ou não fazer, não eram, satisfatoriamente, efetivadas, pois, em razão do seu conteúdo relacionar-se a um ato pessoal do devedor, este tipo de obrigação, para ser realizada no mundo dos fatos, ficava ao arbítrio da vontade deste. Surgiu então a necessidade de meio processual capaz de obrigar o devedor a adimplir a prestação devida. Entretanto, por muito tempo, prevaleceu a idéia que qualquer ato na intenção de constranger o réu a cumprir a prestação devida, era ilegal por infringir a sua liberdade. Deste modo, diante da proibição de medidas coercitivas, em caso de inadimplemento do devedor a obrigação se convertia em indenização por perdas e danos.

Entretanto, na busca de uma tutela jurisdicional mais efetiva, percebeu-se a importância de se prestar também uma tutela que garantisse ao credor de uma obrigação exatamente aquilo que tinha direito a receber, ou seja, a prestação jurisdicional específica, e não seu equivalente pecuniário. Neste contexto, surgiu a necessidade de criação de mecanismos que pudessem forçar o devedor a cumprir a obrigação na forma esperada pelo credor.

Desse modo, desenvolveu-se o instituto das *astreintes*, o qual consiste na aplicação de multa com finalidade de constranger o devedor, por ameaça a seu patrimônio, a cumprir obrigação determinada em ordem judicial. Por meio deste instituto, é aplicada ao réu multa por cada unidade de tempo de atraso no cumprimento do comando que lhe foi imposto.

As *astreintes* possuem caráter coercitivo, ou seja, seu objetivo é coagir o obrigado, por ameaça a seu patrimônio, a observar decisão judicial. Em razão desta característica, elas devem ser fixadas em valores suficientemente altos a fim de não se tornarem uma alternativa ao devedor, vez que este, não deve escolher entre as duas opções, e sim, preferir cumprir a ordem determinada a pagar a multa cominatória imposta por seu descumprimento.

Entretanto, o alto valor no qual devem ser fixadas as *astreintes* a fim de consistam em um meio eficaz de ameaça, pode ensejar um novo problema, qual seja, o esgotamento patrimonial do devedor ou o enriquecimento sem causa do

credor. Não é coerente a aplicação da multa causar prejuízos desnecessários ao réu, ou ainda produzir um acréscimo patrimonial tão vantajoso ao autor a ponto deste preferir a inadimplência do devedor a ver concretizado o seu direito.

Sendo assim, este trabalho se propõe a discutir a possibilidade de redução judicial desta multa quando se verificar que ela tornou-se onerosamente excessiva ou que já não alcança mais os objetivos para os quais foi destinada.

Para este fim, realizar-se-á uma pesquisa teórica instrumental a respeito das *astreintes* e especialmente sobre a possibilidade de sua redução judicial, visando colaborar com o aperfeiçoamento de uma prestação jurisdicional mais justa.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo. Inicialmente realizar-se-á um estudo sobre os aspectos gerais do tema, para posteriormente, adentrar-se às suas peculiaridades. Pois, inicialmente, será realizado um estudo sobre a prestação da tutela jurisdicional, seu conceito necessidades e objetivos, para, em seguida, tratar da importância das *astreintes* para sua efetivação. Em seguida será analisado de forma detalhada o presente instituto procedendo-se, posteriormente, ao exame do tema em foco, qual seja, a possibilidade de redução da multa e os aspectos a ela relacionados.

Utilizar-se-á como métodos de procedimento a combinação dos métodos histórico e comparativo, analisando-se a evolução histórica e funcional dos institutos criados pelo legislador com o intuito de garantir a efetividade processual, estabelecendo-se uma comparação entre eles. Será ainda empregado o método interpretativo, com o objetivo de analisar a legislação relativa à matéria, procurando extrair dela as características e objetivos das *astreintes*, bem como, o método analítico, examinando-se como a questão vem sendo abordada pela doutrina e jurisprudência, e confrontando as diferentes opiniões acerca do tema.

Utilizar-se-á também o método hermenêutico, interpretando-se conjuntamente, as disposições constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudenciais acerca da temática proposta.

Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa será fundamentalmente composta de revisão bibliográfica doutrinária, constando também a análise de revistas especializadas, artigos científicos, e textos em sítios especializados encontrados na *internet*. Outrossim, realizar-se-á, uma vasta pesquisa jurisprudencial, com o objetivo de se analisar o posicionamento dos tribunais referentes às questões aqui abordadas.

Para melhor compreensão do tema, este trabalho será dividido em três capítulos, os quais serão, resumidamente, apresentados a seguir.

No primeiro capítulo, será estudada a tutela jurisdicional, seu significado e aspectos mais relevantes, fazendo-se, para este fim, uma análise da evolução história dos aspectos relacionados ao tema, tratando-se também das questões referentes à afetividade e tempestividade do processo, abordando-se a necessidade de diversas formas de tutela para atender os diferentes anseios do direito material, estendendo-se atenção especial à tutela específica e o desenvolvimento dos mecanismos coercitivos.

Em seguida, no segundo capítulo, analisar-se-á o instituto das *astreintes*, seu desenvolvimento e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, conceito, funções e características. Serão estudadas também as obrigações que ensejam a aplicação da multa, bem como seu momento de fixação, incidência da multa e os aspectos relacionados à determinação do seu *quantum*.

Por fim, será estudada a possibilidade de redução judicial das *astreintes*, abrangendo-se os aspectos relacionados ao tema, tais como, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a vedação ao enriquecimento sem causa do credor, o alcance das disposições do §6º do art.461 e os limites da coisa julgada.

Percebe-se que o tema é polêmico. Há muitas questões divergentes sobre ele tanto na doutrina e quanto na jurisprudência. Longe de tentar apaziguar as discussões sobre o assunto, o presente trabalho propõe-se a realizar um apanhado das questões controvertidas e discutir os caminhos apontados para solucioná-las com base nos diferentes entendimentos encontrados no decorrer desta pesquisa.

2- DA TUTELA JURISDICIONAL

No presente capítulo veremos a relação do direito material com o processo, da prestação da tutela jurisdicional, da problemática da efetividade do processo, da necessidade de adoção de meios processuais diversificados para a prestação de uma tutela adequada, da previsão da tutela específica: a evolução legislativa no direito brasileiro, bem como os tipos de Tutela para iniciar com uma visão aprofundada de como se deve prestar a jurisdição eficiente. Tema primordial para entendimento do assunto em tela.

2.1 Da Relação entre o Direito Material e o Processo

Por muito tempo o processo foi visto como um mero apêndice do direito material, sendo considerado apenas um conjunto de formalidades com a função viabilizar a sua atuação prática ¹.

Contudo, percebeu-se que o processo possuía regras e princípios próprios, o que lhe garantia a condição de ramo autônomo do Direito, sendo, portanto, independente do direito material. A autonomia e a independência do processo restam hoje bastante consolidadas, não existindo mais dúvidas a respeito do tema. A questão que se coloca na atualidade é outra, e de certa forma, oposta a esta. O tema agora discutido refere-se ao distanciamento entre o direito processual e o material.

A conquista da autonomia e da independência, apesar de consolidar o direito processual como ciência, acabou por fazer com que ele passasse a ser estudado e analisado de forma particularizada, afastando-o do direito material.

Contudo, apesar de se reconhecer a cientificidade do processo, cumpre não olvidar da sua razão de existir, qual seja, dar efetividade ao direito substancial. O processo como fim em si mesmo, é, por dizer, inútil. Neste sentido, destaca-se:

O fato deste novo ramo do direito ter galgado o reconhecimento de uma existência própria, não pode induzir ou mesmo justificar o abandono de qualquer vínculo com a razão de sua existência, o que caracteriza sua função. Assim, poderíamos afirmar que não é que o direito processual existe em decorrência da existência do direito material, mas sim que o

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.8.

mesmo existe por causa das necessidades de efetividade do direito substancial².

Sendo pois, percebe-se que o direito processual não pode ser compreendido à distancia do direito material, permanecendo alheio às suas necessidades e particularidades, uma vez que aquele, apesar de constituir um ramo autônomo, existe em razão deste.

Hoje, após estar consolidado no mundo jurídico como um dos mais importantes ramos do Direito, o direito processual, ciente da sua função, procura resgatar sua essência ao buscar a reaproximação do direito substancial, intentando a criação de mecanismos que sejam aptos a possibilitar a efetivação deste último.

O desenvolvimento da sociedade reclama a propositura de novos direitos e com estes, surge a necessidade de mecanismos processuais aptos a tutelá-los. Algumas destas formas de tutelas prestadas pelo direito processual para a garantia dos direitos serão analisadas a seguir.

2.2 Da Prestação da Tutela Jurisdicional

2.2.1 Breve panorâmico histórico

O Estado, a fim de garantir a paz social e a ordem jurídica, proibiu a autotutela dos direitos e tomou para si o exercício da atividade jurisdicional, qual seja, o poder e o dever de dizer o direito e aplicá-lo a um caso concreto a fim de dirimir um conflito de interesses.

O escopo maior da jurisdição é proporcionar àqueles que procuram a intervenção do Estado-Juiz o mesmo resultado que eles teriam caso os seus direitos tivessem sido observados espontaneamente ou se pudessem executar a autotutela³.

Através das normas de direito material são fixadas e regulamentadas as relações intersubjetivas que merecem ser tuteladas pelo Estado. Caso as condutas delineadas por estas normas não sejam cumprida por quem possui o dever jurídico de observá-las, o titular do interesse violado fará uso da jurisdição para alcançar o

² PISCO, Claudia de Abreu Lima. Novas técnicas processuais para uma tutela mais adequada e efetiva dos direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 856, 6 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7540>>. Acesso em: 17 jan. 2007.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.31

resultado idêntico ou equivalente ao que teria ocorrido se o seu direito houvesse sido reconhecido espontaneamente.

Desta forma, o Estado assumiu o dever de prestar a tutela jurisdicional, que segundo Dinamarco, é "o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão em processo"⁴.

Neste momento, cumpre esclarecer o significado do termo tutela e o alcance desta expressão. Para este fim, destaca-se a explanação de Sérgio Arenhart:

O termo "tutela", como sinônimo de proteção, confere a noção de proteção de direitos e interesses; no processo, essa idéia revela o objetivo de proteger direitos e interesses por meio de mecanismos processuais. Claramente, a partir daí, pode-se dizer que o Estado oferece tutela quando garante os direitos processuais, como quando garante direitos materiais, por meio de instrumentos processuais disponíveis. Conforme, porém, venha a proteger, exclusivamente o direito afirmado (e reconhecido como existente) pela parte, hão de se utilizar nomes diferentes para designar as figuras.⁵

Assim, segundo o processualista supra mencionado, juridicamente, há duas acepções para a expressão tutela. A primeira delas, que reflete a idéia de proteção aos direitos desempenhada pelo Estado, ele denomina como tutela jurisdicional. Acrescenta que esta tutela é prestada independente do resultado final da deliberação judicial (se em favor do autor ou do réu). Para que ela ocorra basta "que o Estado assegure aos interessados plenas condições de acesso aos mecanismos públicos de proteção e interferência na aplicação estatal."⁶ Nesta noção de tutela jurisdicional está presente a preocupação com os escopos do processo e da jurisdição.

A segunda acepção, denominada por ele de tutela jurisdicional do direito refere-se à "efetiva proteção do direito material postulado pelo autor na inicial". Assim, emprega este termo como "resposta do Estado, intimamente vinculado àquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo não apenas o direito de provocar a jurisdição, mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional". Este mesmo sentido, abrange também o direito "a um procedimento, a

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V.1 São Paulo: Malheiros, 2004, p.104.

⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.43.

⁶ *Idem ibidem*, p.44.

um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão do direito material invocada pelo demandante".⁷

O processo, portanto, é o instrumento utilizado pelo Estado para exercer a jurisdição e prestar a tutela jurisdicional assegurada nas normas de direito material. Assim, "além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos."⁸

O ordenamento jurídico, nesse aspecto, deve possuir mecanismos capazes de garantir a concretização das regras que ele estabelece de modo a tornar real e efetiva a prestação referida tutela, pois, como ensina Câmara⁹, "o Estado só presta a verdadeira jurisdição quando esta é adequada a proteger o direito material lesado ou ameaçado".

Neste contexto, o Processo Civil brasileiro, a exemplo de outros países, tem procurado evoluir, de modo a atender melhor os anseios daqueles que buscam a tutela do Estado, tendo, nos últimos anos, passado por uma série de alterações que buscam, em geral, garantir uma maior efetividade ao processo como instrumento de exercício da jurisdição.

2.2.2 A prestação da tutela jurisdicional sob a perspectiva do direito de acesso à Justiça

O direito de acesso à Justiça, conhecido também como princípio da inafastabilidade da jurisdição, um dos mais importantes princípios do nosso ordenamento jurídico e inserido no rol dos direitos fundamentais, é previsto constitucionalmente por meio do art.5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Contudo, em sede de um Estado Democrático de Direito, como é o nosso, que se propõe a defender e assegurar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão, para a real efetivação deste princípio, não é suficiente apenas garantir o

⁷ *Idem ibidem*, p.46-47.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.145.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas.. Op cit., p.86. Nota 01

acesso formal aos órgãos jurisdicionados, mas também a existência de uma Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra a violação de direitos, como também o acesso a uma ordem jurídica justa.

O direito de acesso à Justiça, diante de uma visão mais moderna do direito processual, não se limita a garantir ao cidadão a capacidade de recorrer ao Poder Judiciário para a solução de seus litígios, mas também de assegurar a existência de mecanismos aptos a propiciar a efetivação desses direito.

Desta feita, a garantia constitucional de acesso à justiça passou a ter um novo enfoque e a ganhar novas dimensões diante da consciência de que a ineficácia do processo em dar efetividade ao direito material coloca em cheque a própria função do Poder Judiciário, uma vez que ele não estaria cumprindo adequadamente sua função de dirimir corretamente os litígios.

Portanto, para aqueles que buscam o Judiciário para a solução de conflitos, a simples garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais não basta, pois, o que na realidade se pretende é o acesso à pretensão jurídica tutelada, e para que isto aconteça, o Estado, por meio do direito processual, deve fornecer meios que o tornem capaz de fornecer a tutela jurisdicional de forma eficiente.

Por esta razão, Marinoni entende por direito de acesso a Justiça "o direito à preordenação de procedimentos realmente capazes de prestar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva".¹⁰

Então, por tutela jurisdicional tempestiva entende-se aquela que é prestada dentro de um prazo razoável. O direito à tempestividade implica na duração do processo por um prazo sensato, ponderado, principalmente, em relação aos atos atribuídos ao réu e ao juiz. A preocupação com o tempo do processo justifica-se em razão da idéia de que a demora no provimento judicial acaba por prejudicar a parte que tem razão. Ademais, por tutela tempestiva entende-se também aquela que é prestada por meio de técnica antecipatória prevista no ordenamento jurídico, na qual o bem da vida pleiteado é recebido, antecipadamente, frente a determinadas situações fáticas que assim a autorizam.

Quanto à tempestividade, prevalece a assertiva de que "quanto mais prontamente tutelar o direito daquele que lhe assiste, mais o processo terá cumprido com sua função"¹¹.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Op.cit p.65 Nota 3

¹¹ *Idem.* Op. cit., p.145. Nota 8

Como bem salienta Marinoni, a tutela é adequada quando, “para determinado caso concreto, há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta.”¹². Neste caso, ao falar-se nesta espécie de tutela, pressupõe-se que ela seja também tempestiva e efetiva.

A tutela jurisdicional efetiva, por sua vez, é aquela capaz de concretizar o direito material pleiteado e não apenas declará-lo. Esta efetividade se verifica diante da proximidade do resultado obtido no processo e aquele que corresponderia ao cumprimento espontâneo do direito substancial. Neste sentido, leciona Dinamarco:

Tanto mais efetiva será a tutela jurisdicional quanto mais a atuação do Estado-Juiz seja apta a proporcionar ao titular do interesse juridicamente protegido o resultado prático que mais se identifica com o que seria obtido com a observância espontânea do ordenamento jurídico por parte do réu¹³.

Por fim, é válido destacar a conclusão de Santos¹⁴, segundo a qual, “a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores”. Desta maneira, pode-se considerar o direito de acesso à justiça como aquele que garante a tutela efetiva de todos os demais direitos.¹⁵

2.2.3 A problemática da efetividade do processo

Como visto no tópico anterior, o direito à prestação da tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente. Contudo, para que a jurisdição atinja seus fins, essa tutela deve ser efetiva.

A efetividade é entendida como a “aptidão para produzir resultados úteis a todos que necessitam recorrer à atividade jurisdicional do Estado.”¹⁶ Em termos práticos, o processo é considerado efetivo quando o seu provimento produz no mundo fático os efeitos almejados pelo autor ao propor a demanda.

É competente ressaltar também que esta noção de efetividade está intimamente relacionada com a idéia de tempestividade e a adoção de medidas

¹² *Idem*, Op. cit., 65 Nota 3

¹³ DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit, p.108. Nota 4

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit p.32. Nota 3

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Ob cit p.32 Nota 3

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.74.

adequadas à satisfação da prestação jurisdicional. Assim, de nada adianta existir o aparato estatal destinado a promover a solução dos litígios se ele é ineficaz no desempenho de sua função, seja em razão do excesso de tempo despendido à espera do provimento final, seja por não ser capaz de promover à parte que tem razão o bem da vida por ela pleiteado.

Em meio a esse contexto, o grande desafio dos processualistas e operadores do direito é desenvolver mecanismos que possam garantir essa efetividade e responder às diversas necessidades do direito material. Assim, como afirma Marinoni, "o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição".¹⁷

Deste modo, legislador deve instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e o juiz de deve encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.

Neste sentido, cada uma das diferentes necessidades observadas em relação ao direito material para que a prestação jurisdicional realmente seja efetiva, revela o anseio por uma determinada forma de tutela. Ao se analisar as diversas formas de tutela, conclui-se sobre a forma processual adequada de prestá-la.

2.2.4 Necessidade de adoção de meios processuais diversificados para a prestação de uma tutela adequada

Conforme anteriormente exposto, o direito de ação não se limita ao simples direito a uma sentença, mas sim a um "direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo"¹⁸.

Para que seja prestada uma adequada tutela à diversidade de direitos existentes, é necessária a adoção de mecanismos processuais que possam atender às especificidades de cada um desses direitos.

Neste contexto, Marinoni sustenta a idéia que "o direito processual não pode se contentar com um único procedimento e uma única forma de tutela"¹⁹. Ele deve

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/29.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2006

¹⁸ *Idem.. Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p.32

estar estruturado para garantir a adequada tutela aos mais diversos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, surge a necessidade de se adotar mecanismos processuais diferenciados para atender às mais variadas necessidades do direito material, pois “somente com a quebra da unidade de procedimento e a utilização de diferentes tutelas jurisdicionais poderá ser garantido um efetivo acesso à justiça²⁰”.

Deste modo, por exemplo, ao se perceber a existência de direitos que não se limitavam à esfera do indivíduo, e diante da incapacidade dos procedimentos tradicionais em atendê-los, buscou-se a criação de mecanismos que fossem aptos a permitir a tutela coletiva dos direitos.

Em razão da constatação de que o tempo do processo pode causar prejuízos a direitos que se mostram patentes, permitiu o legislador que o juiz pudesse antecipar os efeitos da sentença de mérito, observando-se as disposições do art. 273 do Código de Processo Civil.

Em meio às formas processuais para o provimento de uma adequada tutela dos direitos, desenvolveu-se também o mecanismo da tutela inibitória, que será, adiante, objeto de nova referência. Esta espécie de tutela fora traçada a partir da necessidade de se coibir a prática de atos ilícitos antes que estes viessem a causar danos, buscando, portanto, a prestação de uma sentença que seja capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito.

2.2.5 Técnicas de tutela

A tutela jurisdicional, conforme mencionado anteriormente, pode ser analisada sob dois aspectos. Em um, considera-se o resultado final proporcionado pelo processo no campo do direito material, em outro, o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido.

Segundo Marinoni, quando se pensa nos meios processuais instituídos pelo ordenamento jurídico para a tutela do direito substancial, há mais propriamente,

¹⁹ *Idem. Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004,

²⁰ PISCO, Cláudia de Abreu Lima. Novas técnicas processuais para uma tutela mais adequada e efetiva dos direitos. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 856, 6 nov.2005.

técnica processual de tutela. Todavia, quando se imagina o resultado que essas técnicas proporcionam, há, plenamente, a tutela jurisdicional prestada²¹.

E, diante da necessidade de distinguir os meios, que permitem a prestação da tutela, do fim a ser obtido, ou seja, o resultado no plano do direito material, esse autor propõe a denominação de técnica de tutela jurisdicional para os primeiros, e tutela jurisdicional *stricto sensu* para o segundo²².

Contemplando esta referida classificação, as sentenças seriam, portanto, meios ou técnicas aptas a prestar a devida tutela jurisdicional. Neste contexto inserem-se também os meios de executivos. Explica-se:

Além das sentenças, para a prestação de determinada espécie de tutela jurisdicional importam também os meios execução que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos, isto, para não se falar no procedimento e na cognição, os quais também são fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional e efetiva.

As tutelas em geral, são classificadas tradicionalmente pela doutrina com fundamento nos efeitos, eficácias e conteúdo dos provimentos judiciais. Habitualmente o critério usado para essa classificação reside na espécie de sentença que é buscada pelo autor (declaratória, constitutiva, etc.), baseada nos efeitos que elas causam no mundo jurídico.²³

As tutelas, classificadas em razão das diferentes necessidades do direito material, podem ser consideradas como inibitórias, configuradas diante do anseio de se coibir a possibilidade, continuação ou repetição de um ilícito; específicas, que existem em função do direito do demandante de obter exatamente o bem jurídico pleiteado; ressarcitórias que se mostram importantes por causa da necessidade de reparação do dano; e pecuniárias que se relacionam com a obrigação de se pagar determinada soma em dinheiro.

É importante salientar que, de acordo com este entendimento, uma espécie de tutela pode ser prestada por várias modalidades de sentenças ao passo que uma mesma sentença, pode viabilizar diversas espécies de tutelas.²⁴

Da disposição das tutelas jurisdicionais com as técnicas apropriadas, surge a prestação da tutela jurisdicional adequada.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., p.421 Nota 3

²² *ibidem* p.421

²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit, p.57. Nota 5

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit, p.421 Nota 3

Por fim, acrescenta-se a reflexão de Marinoni sobre a insuficiência das classificações, segundo a qual, “se o processo passou a ser pensado na perspectiva do direito material, sendo a temática da ‘tutela jurisdicional’ apenas prova disto, é necessário não apenas uma nova classificação de sentenças, mas uma nova classificação das tutelas”.²⁵

2.3 Da Busca da Tutela Jurisdicional Específica

2.3.1 O princípio da incoercibilidade das prestações: a influência do Estado Liberal Clássico sobre a idéia de liberdade dos cidadãos.

O ordenamento jurídico pátrio, como se sabe, é pautado em sua maior parte, no Direito da Europa Ocidental. Assim, o nosso Código de Processo Civil recebeu forte influência do direito processual europeu e, deste modo, para melhor se entender as transformações nele sofridas, fundamental se faz estabelecer uma breve análise das situações históricas que o estruturaram.

O Estado Liberal Clássico, formado a partir dos ideais da Revolução Francesa e, do Liberalismo do séc. XIX postulava a limitação do poder estatal em benefício da liberdade individual.

Neste contexto, encontramos a limitação do poder do juiz. O desejo de impedir o Estado-Juiz de atentar contra a liberdade privou o julgador de exercer *imperium*, ou seja, de dar força executiva às suas decisões. Sua tarefa era, portanto, meramente declaratória. Havia uma forte relação entre a incoercibilidade das obrigações e a necessidade de preservação da liberdade do indivíduo²⁶.

Como bem afirmou Rizzo Amaral, “ninguém podia ser forçado a prestar fato pessoal, dado o limite do respeito à liberdade individual”.²⁷. Inexistiam, portanto, medidas de coação sobre a pessoa do devedor, o que acabava por lhe configurar, de certo modo, uma proteção jurídica.

O princípio jurídico que vigorava era aquele esculpido no art. 1.142 do Código de Napoleão, segundo o qual, “toda obrigação de fazer e não-fazer se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor”. Portanto, segundo

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.435. Nota 18

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.39-41. Nota 8

²⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.28

esta idéia, diante de uma inexecução do devedor de uma obrigação, a contenda era solucionada através da substituição da prestação por seu equivalente pecuniário.

Contudo, percebeu-se que esse ideal de liberdade e essa proteção ao devedor em algumas situações passavam a ser excessivas, posto que algumas obrigações estavam sendo consideradas “juridicamente não obrigatórias” ou até mesmo facultativas, uma vez que o devedor podia escolher entre o seu cumprimento ou as perdas e danos²⁸.

Essa situação trazia um claro prejuízo ao credor, que ao invés de ter satisfeita sua pretensão, muitas vezes tinha que se contentar com o seu equivalente pecuniário. Ora, o autor tem o direito de, ao final do processo, declarando-se que a ele assiste razão, e sendo dado provimento a sua causa, de receber o bem jurídico a que faz jus em razão do direito material e não ser obrigado a conformar-se com uma indenização.

Ademais, saliente-se que há direitos que não são dotados de patrimonialidade, o que torna inviável sua conversão em perdas e danos.

Em razão deste fato, passou-se a buscar a garantia da tutela específica do direito do credor, ou seja, aquela a que ele teria direito se o devedor tivesse cumprido, espontaneamente, com sua obrigação, ou seja, o bem jurídico que as normas de direito processual efetivamente lhe proporcionam.

Neste sentido, vale destacar o pensamento de Marinoni²⁹, que conclui sucintamente:

“(...) a tutela da obrigação contratual na forma específica é reflexo da tomada de consciência de que é imprescindível, dentro da sociedade contemporânea, dar aos jurisdicionado o bem que ele tem o direito de receber, e não apenas o seu equivalente em pecúnia.”

2.3.2 Da previsão da tutela específica: a evolução legislativa no direito brasileiro

Diante do reconhecido direito do jurisdicionado à prestação de uma tutela específica, percebe-se essencial aparelhar o ordenamento jurídico pátrio com

²⁸ *Ibidem* p.27

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: art. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001 p. 183

mecanismos que possam garanti-la. As novas necessidades sociais levaram o processo civil clássico ao esgotamento.

O dogma da incoercibilidade das obrigações foi superado e buscaram-se medidas que pudessem coagir alguém a prestar um fato a que era juridicamente obrigado, e evitar a conversão em perdas e danos. Este dogma foi amenizado ao longo dos tempos, até chegar-se ao estado atual em que a indenização por perdas e danos não é mais regra e sim, exceção³⁰.

O processo civil brasileiro tem experimentado importantes inovações legislativas, especialmente a partir de 1994, com a primeira onda de reformas do Código de Processo Civil. Contudo, diante das várias as modificações processuais realizadas nos últimos anos, serão abordadas apenas as inovações importantes para a compreensão deste trabalho.

Inicialmente, cumpre destacar que algumas das importantes inovações do Código de Processo Civil sofreram influência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Este código, em seu artigo 84, instituiu o direito à tutela específica do credor ou providência que assegure o resultado prático equivalente ao adimplemento diante do cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer. O mesmo artigo, no parágrafo §4º, traz a possibilidade de multa diária ao réu sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia final do provimento.

Em meio à primeira etapa das reformas do Código de Processo Civil, a Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, que, praticamente, reproduziu o art.84 do Código de Defesa do Consumidor, inseriu a tutela específica para o cumprimento dos deveres de fazer e não fazer decorrentes de relação de direito material não consumeristas.

Posteriormente, a Lei nº 10.444/2002, já na segunda etapa de reforma do digesto processual, acrescentou o art. 461-A ao Código de Processo Civil, estendendo os mecanismos para obtenção da tutela específica também para as obrigações de entregar coisa certa. Assim, ao equiparar a execução das sentenças e tutelas antecipadas da obrigação de entrega da coisa com das obrigações de fazer ou não fazer, o legislador buscou criar uma unificação dos procedimentos. Contudo,

30

CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.93. Nota 1

acrescente-se que as disposições do art. 461-A são aplicadas apenas nos casos de obrigação para entrega da coisa fundada em título judicial³¹.

As obrigações para entrega da coisa originadas de título extrajudicial processam-se nas formas dos art. 621 a 682 do Código de Processo Civil, também com alterações trazidas pela Lei 10.444/2002.

A supracitada lei também veio alterar a redação do art.461, §5º, incluindo no rol exemplificativo de medidas que poderão ser adotadas pelo juiz para efetivação da tutela específica ou de resultado prático equivalente nas ações de obrigação de fazer ou não fazer e entrega da coisa (§3º do art.461-A), além da imposição de multa ao destinatário da ordem judicial. Alteração esta, que só veio a asseverar a disposição do §4º mesmo artigo.

Importante inovação diz respeito à previsão contida no §6º acrescentado pela lei 10.444/2002, segundo a qual o juiz de ofício, sempre que verificar que o valor da multa se tornou insuficiente ou excessivo, pode alterar sua periodicidade e seu valor. As implicações trazidas pelo surgimento deste novo instituto, por necessitarem de maior análise, sendo desta feita, o objeto principal do presente trabalho, serão discutidas adiante, em momento oportuno.

2.4 Da Tutela Inibitória: Uma Nova Tutela Jurisdicional

2.4.1 A classificação tradicional das sentenças e a necessidade de sua adequação a um novo modelo de tutela.

De acordo com as lições de Marinoni, as sentenças são técnicas de tutela, meios através do qual se alcança a prestação da tutela jurisdicional.³² Contudo, diante do surgimento de novos direitos, e assim, da necessidade de novas formas de tutelas, é preciso estudar a classificação das sentenças para se analisar em que espécie de sentença essas novas tutelas dos direitos se encaixam.

Segundo Câmara, a sentença "é o provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo".³³

³¹ BARROS, Hélio José Cavalcanti. *Comentário às alterações do CPC: leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p.39

³² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit, p.146. Nota 8

³³ CÂMARA, Op.cit, p.434 Nota 1

Há duas espécies de sentenças: aquelas que contêm a resolução do mérito da causa, denominadas de sentenças definitivas, e as que são proferidas com fulcro nas disposições do art. 267 do Código de Processo Civil, que extinguem o processo sem resolução meritória.

A doutrina tradicional classifica as sentenças definitivas de procedência em três modalidades: declaratória, constitutiva e condenatória. Esta divisão é estabelecida em razão do seu conteúdo, ou como preferem alguns autores, em função de seus efeitos jurídicos.

Todas as sentenças, de certo modo, são declaratórias na medida em que sempre há alguma espécie de declaração em seu conteúdo. Todavia, há sentenças que são meramente declaratórias, pois apenas manifestam a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de autenticidade ou falsidade de um documento. O seu objetivo é dirimir incertezas. Como afirma Marinoni, "o que legitima a postulação da sentença declaratória é a dúvida objetiva que paira sobre a relação jurídica".³⁴

Nas sentenças constitutivas, por sua vez, há a ato judicial que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. As sentenças declaratórias e constitutivas são suficientes, por si mesmas para atenderem aos anseios do direito material, são portanto, sentenças satisfativas.

Quanto às sentenças ditas condenatórias, seu conceito e seu alcance ainda é fruto de divergência na doutrina. O objetivo da sentença condenatória, além de declarar uma situação jurídica, é permitir a execução forçada de um crédito, posto que cria título executivo judicial.

Contudo, a classificação ora exposta é fruto de grande divergência entre os doutrinadores. Alguns processualistas, a exemplo de Pontes de Miranda, Marinoni, Wambier e Medina, defendem que a classificação tradicional está ultrapassada, mostrando-se incapazes de garantir as novas formas de tutela. Outros, como Câmara, discordam desta afirmação, defendendo como plenamente satisfatória a classificação tríplice para atender às novas tutelas.

Segundo Marinoni, "as sentenças da classificação trinária são absolutamente incapazes de garantir tutela genuinamente preventiva, ou tutela adequada aos direitos não-patrimoniais. Isto porque através de nenhuma delas o juiz pode

³⁴

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit, p.412. Nota 3

ordenar".³⁵ Estas sentenças seriam influenciadas pela idéia vigente no Estado Liberal de que o julgador não podia exercer atos de *imperium*. Alega ainda, o referido autor, que o sistema clássico não foi pensado para permitir a tutela preventiva, deste modo, não é adequada para tutelar os novos direitos, a exemplo dos não-patrimoniais.³⁶

Na nova classificação proposta, surgem duas novas espécies de sentenças que estariam mais adequadas a atender os anseios da sociedade moderna, são elas, a mandamental e a executiva.

Desta maneira, como na condenatória, o juiz não pode interferir na esfera jurídica do indivíduo para constrangê-lo a cumprir a ordem judicial disposta na sentença, foi delineada um novo tipo de sentença, a sentença mandamental, na qual o magistrado pode ordenar e constranger, por meio de elementos coercitivos, a vontade do réu, para que ele cumpra a decisão judicial. Nesta espécie de sentença, além da declaração reconhecendo a violação a um direito, há também a presença de uma ordem judicial. Pois, "espera-se que o demandado se ajuste ao comando contido na norma jurídica, fazendo ou deixando de fazer alguma atividade".³⁷

Este modelo de sentença propicia uma execução indireta, vez que "o direito declarado na sentença só vai ser efetivamente observado se a sentença convencer o réu a observá-la".³⁸

Já a sentença executiva *lato sensu* é "aquela que traz em seu dispositivo a determinação de imediata atuação dos meios sub-rogatórios, independentemente de novo processo e sem a necessária submissão a um modelo procedimental rígido e preestabelecido"³⁹. Autoriza o órgão judiciário a executar dentro do próprio processo, ou seja, na própria sentença é determinada a realização dos atos executivos, exemplo das ações de despejo, reintegração de posse, etc. Esta sentença "dispensa a ação de execução por uma questão de tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional".⁴⁰

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.409 Nota 3

³⁶ *Idem, ibidem*, p.408-411

³⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.146

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.417 Nota 3

³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Apud* CARVALHO JÚNIOR. Odilair. Tutela específica dos deveres de fazer e não fazer. Disponível em <http://jus2.oul.com.br/doutrina/texto.asp?id=7110> > acesso em 25.03.07

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.419 Nota 3

Contudo, este entendimento de que são necessárias novas sentenças para prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional, não é pacífico na doutrina. Câmara por exemplo, discorda, afirmando ser “dispensável a classificação quinária das sentenças, que admite a existência de sentenças mandamentais e executivas como categorias autônomas, já que estas duas sentenças são na verdade condenatórias”.⁴¹ Deste modo, este processualista classifica as sentenças mandamentais e executivas como espécies da sentença condenatória.

Silva, em entendimento contrário, considera que a “a ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução diferida.”⁴² Para este processualista, as ações do art. 461 serão executivas ou mandamentais, de acordo com a natureza das providências ordenadas pelo juiz, nos termos dos §§ 4º e 5º.

Apesar das divergências, neste trabalho, será adotada a classificação quinária, em razão de ser esta a que melhor se adequa aos às situações aqui analisadas, em especial aquelas estabelecidas nos art. 461 e 461-A, que permitem ao juiz ordenar sob pena de multa, objeto deste estudo.

Segundo, Marinoni, grande defensor da classificação quinária, a tutela mandamental permite a concessão de vários tipos de tutelas, uma delas é a tutela inibitória.

2.4.2 A tutela inibitória

A necessidade da tutela inibitória tem como pressuposto a idéia de que é preferível prevenir a reparar um dano. São questionadas as idéias remotas da doutrina clássica que estabelecem a reparação de danos como única tutela contra os atos ilícitos. Contudo, quando a obrigação do devedor converte-se apenas no dever de ressarcir o credor pelos danos causados, afasta a prestação da tutela jurisdicional do direito material, vez que o demandante tem o direito de receber uma tutela nos moldes do pedido.

Assim, é fundamental a existência de uma tutela apta a combater a prática de um ato contrário ao direito, ou seja, um ato ilícito. Desta feita, também se faz

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit, p. 451 Nota 1

⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. v.2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.137.

necessário a criação de um “procedimento que culmine com uma sentença que ordene sob pena de multa e que admita uma tutela antecipatória da mesma natureza.”⁴³ Este tipo de procedimento, segundo expõe Marinoni, “é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente os não-patrimoniais”.⁴⁴

Nosso Código de Processo Civil, trouxe mecanismos processuais que podem ser utilizados para o alcance deste tipo de tutela, principalmente, aqueles dispostos no art. 461 do mesmo, a exemplo do que já ocorria no Código de Defesa do Consumidor.

Como explica Marinoni, “a tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação”.⁴⁵

Ressalte-se, contudo, que a inibitória não é tutela contra o dano, e sim, em oposição ao ilícito. Apesar de o ilícito poder gerar o dano, com ele não se confunde. Quando um ato contrário ao direito é realizado, pode findar em uma ação danosa, mas os atos são diferentes. A ocorrência do dano é pressuposto para a caracterização da obrigação ressarcitória, não para a inibitória.

Deste modo, já que existe uma tutela contra o dano, deve também existir uma contra o ilícito, não sendo necessário que aquele ocorra de fato para ser tutelado pelo direito, bastando a sua ameaça.

Marinoni sustenta a tese de que a tutela inibitória encontra seu fundamento no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 461 do Código de Processo Civil, que em seu §4º, permite que o juiz ordene sob pena de multa por meio de sentença ou de tutela antecipatória. Assim, de acordo com o referido doutrinador, este artigo faz surgir o procedimento apto a possibilitar a prolação de uma sentença que ordena, por ele chamada de mandamental, e que viabiliza uma tutela antecipada da mesma natureza.⁴⁶

O art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, com redação similar ao art. 461, vez que aquele serviu de inspiração para este, também viabiliza a prestação da tutela inibitória, não apenas dos direitos dos consumidores, mas dos direitos difusos

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.427 Nota 3

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.33 Nota 18

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit, p.428 Nota 3

⁴⁶ *Idem, ibidem* p.430.

e coletivos, seria portanto, o fundamento da tutela inibitória coletiva. Há, no direito brasileiro, meios processuais idôneos para a construção de procedimentos capazes de viabilizar a tutela inibitória dos direitos individuais e transindividuais. Assim, para facilitar a comunicação, é possível falar em 'ação inibitória individual' e em 'ação inibitória coletiva'.

A inibitória funciona, basicamente, através de uma decisão ou sentença capaz de impedir a prática o ilícito, sua prática ou repetição. Sua efetividade está na dependência dessa possibilidade. Deste modo, torna-se imprescindível "o uso de multa como meio de coerção capaz de convencer o réu a não fazer ou a fazer, conforme se tema a omissão ou a ação".⁴⁷

2.5 Das Tutelas presentes nos Arts. 461, 461-A, do Código de Processo Civil e 84, Código de Defesa do Consumidor

O direito material, como já foi explanado, diante das várias necessidades que possui, reclama a existência de várias tutelas aptas a atendê-las. E, como estas tutelas são prestadas através da jurisdição, faz-se necessário que o direito processual disponibilize instrumentos capazes de realizá-las.

Deste modo, por meio dos art. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, o legislador criou "um aparato técnico (um procedimento) que permite conceber ações adequadas a prestação de várias tutelas".⁴⁸ Estes artigos, em outras palavras, "instituem as técnicas processuais adequadas".⁴⁹

Na medida em que estas normas disponibilizam várias técnicas a fim de se impor um fazer ou um não fazer, elas abrem espaço para a concessão de várias tutelas. Por esta razão, ao se proceder a análise dos instrumentos processuais contidos nos referidos artigos, é essencial saber quais as tutelas que podem ser prestadas através da imposição de um fazer ou não fazer, e para isto, deve-se observar o direito material a fim de encontrar quais suas necessidades para assim, proceder às tutelas os direitos.⁵⁰

Percebe-se, ao se analisar os art. 461, 461-A do Código de Processo Civil, e o art.84 do CDC, que eles proporcionam a concessão das seguintes tutelas: tutela

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.84 Nota 18

⁴⁸ *Idem, ibidem* p.114-115

⁴⁹ *Idem, ibidem* p.115

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.115. Nota 18

inibitória, a tutela ressarcitória na forma específica e a tutela específica da obrigação contratual inadimplida.

Ressalta Marinoni que, apesar destas tutelas encontrarem instrumentos processuais na mesma norma, elas não devem ser confundidas. A ação inibitória, requer apenas a ocorrência de ameaça, repetição ou continuação do ilícito, não exige o dano. A ação de ressarcimento na forma específica exige a configuração de um dano e a presença da culpa. Pretende restaurar a situação anterior ao dano. A ação para cumprimento de obrigação inadimplida na forma específica, refere-se ao não cumprimento da obrigação contratual.⁵¹

2.6 Necessidade de Medidas Coercitivas: As *astreintes* Como Instrumento de Efetividade da Tutela Jurisdicional

O Estado, como órgão de jurisdição, assumiu o dever de prestar tal atividade jurisdicional da forma que melhor atendesse aos interesses dos cidadãos. Em geral, aquele que procura o Estado-juiz para solucionar seus conflitos, espera receber exatamente aquilo a que tem direito.

Para prestar a tutela jurisdicional e entregar o objeto pleiteado à parte vencedora, o Judiciário faz uso dos meios executivos, que consistem, basicamente, nos sub-rogatórios e nos coercitivos.

Tradicionalmente, a medida executiva utilizada é a sub-rogatória, na qual, “os bens devidos são de algum modo captados pelo pelos auxiliares da justiça e entregues ao credor, ainda que nada faça o devedor para propiciar ou mesmo facilitar esse resultado”.⁵² Deste modo, é o Estado-juiz que realiza a entrega do bem e com total abstenção do obrigado.

Contudo, percebeu-se que para algumas espécies de obrigações essa modalidade executiva era ineficaz, pois não trazia os resultados esperados. Conforme explanado em tópicos anteriores, diante do antigo dogma da incoercibilidade, todas as obrigações se resolviam em prestação pecuniária, ferindo, deste modo o direito do credor a uma tutela específica.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p.116-117

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p.43

Nas obrigações de fazer personalíssimas e nas de não fazer, por exemplo, as medidas sub-rogatórias são inapropriadas, posto que o que se deseja, na realidade, é uma ação ou abstenção de alguém. Deste modo, espera-se um ato de vontade do obrigado que não pode ser obtido mediante sua coação física. Assim, esta situação fez despontar um grande questionamento: como obrigar o devedor a prestar a obrigação pactuada sem invadir seus direitos essenciais?

Surgiu então a necessidade de medidas capazes de coagir o devedor a realizar sua obrigação sem afrontar seus direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à imagem, o direito de ir e vir, etc. Criaram-se, portanto, os meios executivos indiretos, que são, na realidade, medidas de coerção que recaem sobre a pessoa ou o patrimônio do devedor no intuito de constrangê-lo psicologicamente a cumprir a obrigação. No primeiro caso, tem-se a prisão civil; no segundo, a multa, a qual se destaca como objeto deste estudo. Apesar da mudança em 2008 pelo Corte maior: A possibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, é questão que vinha sendo objeto de discussão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343, cujo julgamento foi retomado e concluído em 3.12.2008, Diário de Justiça do dia 12.12.08, concluindo o Tribunal, dessa forma, pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

Sendo assim, a multa coercitiva figura-se como um meio executivo que objetiva coagir o devedor, através da ameaça a seu patrimônio, a cumprir prestação a que está obrigado, a fim de garantir a efetividade do processo.

3- AS ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Chegamos mais próximo do objetivo deste trabalho: entender e aplicar com eficiência o instituto das *astreintes*. Como se verá, teremos um breve histórico, o conceito, natureza jurídica e características das *astreintes*, das obrigações que autorizam a imposição judicial delas, bem como sujeito passivo da multa da aplicação das *astreintes* em face da fazenda pública, *astreintes* contra o autor e contra terceiros, o momento de fixação das *astreintes*, determinação do valor da multa, incidência e de periodicidade e da exigibilidade legalmente determinada em lei, ou seja, a matéria em si.

3.1- Previsão Legislativa das *Astreintes* no Ordenamento Jurídico Pátrio

Primordialmente, a hipótese de cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença era prevista na antiga redação do artigo 287 do Código de Processo Civil, entretanto esta encontrava-se adstrita ao pedido do autor e não trazia a previsão de antecipação de tutela.

Em momento posterior, com o advento da primeira onda de reformas do Código de Processo Civil (CPC), por meio da Lei nº 8.952/94, foi dada nova redação ao art. 461, o qual, com redação inspirada naquela encontrada no Código de Defesa do Consumidor, em seu §4º, passou a dispor:

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.

[...]

§ 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.⁵³

[...]

Esta mesma previsão é verificada no art. 461-A, inserido através da Lei nº. 10.444/2002, que institui em seu §3º que lhes serão aplicadas as mesmas disposições do art. 461, acima transcrito.

Como é importante observar, o art. 461 traz a possibilidade de fixação de multa em caso de descumprimento de obrigação de ofício pelo juiz, o qual poderá

⁵³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Presidência da República. Casa Civil.Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

assim fazer independente de pedido do autor. Saliente-se que estas poderão ser aplicadas em sentença ou antecipação de tutela.

A segunda onda de reformas (Lei nº 10.44/2002) acabou por alterar também o citado artigo 287, que, em sua nova redação, passou a fazer referência aos artigos 461 e 461-A. Entretanto, como bem salienta Amaral, "servindo o artigo 461, genericamente, a todas as demandas em que se buscava o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer pelo réu, a reforma processual tornou obsoleto o artigo 287⁵⁴."

O art. 645, referente às obrigações de fazer e não fazer, e o 621, relativo às obrigações de entregar, com redações alteradas pelas reformas de 1994 e 2002, respectivamente, passaram a prever também a adoção de multa fixada extrajudicialmente. Não obstante, seguindo-se as considerações do supracitado autor, ela se distingue das *astreintes* por não ser medida acessória a um comando judicial, mas sim de natureza extrajudicial fixada pelas partes.⁵⁵

Além destas, há algumas normas específicas que trazem a possibilidade de aplicação de multa diária, a exemplo do art. 52, inciso V, da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95), todavia, ficaram subsumidas a norma genérica do art. 461.

Então, pode-se afirmar que o §4º do art. 461 do Código de Processo Civil, bem como o §4º do art.84 do Código de Defesa do Consumidor, são as principais e mais importantes previsões legais das *astreintes* no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, para fins do presente trabalho, será aquilatado o estudo do instituto disposto no Código de Processo Civil, embora se ressalte a maior parte das considerações aqui expostas será comum a ambos os artigos.

3.2 Breves Comentários Históricos: Estudo de Direito Comparado

O instituto da multa coercitiva judicial e seu delineamento em nosso ordenamento jurídico sofreram forte influência da doutrina estrangeira, em especial da francesa e do sistema inglês da *Common Law*.

Como dito anteriormente, na França, após a Revolução Francesa, e, principalmente, após o Código de Napoleão, por influência das idéias liberais, vigorava o princípio de que ninguém podia ser forçado a prestar fato pessoal, deste

⁵⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 36 Nota 27

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 37

modo, toda obrigação de fazer ou não fazer que fosse descumprida, acabava por se resolver em indenização por perdas e danos.

Conforme Marinoni⁵⁶, esta realidade transformava a obrigação de fazer, como obrigação natural, em juridicamente não obrigatória, posto que, segundo o autor, "tratava-se, na realidade, de uma tese que sequer fazia surgir uma obrigação alternativa, mas apenas uma obrigação facultativa para o devedor, que deveria os danos e teria a faculdade de se libertar da obrigação principal prestando fazer".⁵⁷

Todavia a necessidade de se garantir a prestação de uma tutela específica forçou a doutrina francesa a mudar esta posição e a procurar mecanismos aptos a promover uma tutela efetiva das obrigações de fazer e não fazer.

Jurisprudencialmente, começou a ser traçado o instituto das *astreintes*, que a priori, obteve rejeição por parte da doutrina por ser considerado *contra legem*. Contudo, esta resistência foi aos poucos vencida e as *astreintes* "sedimentaram-se na jurisprudência como medida coercitiva e independente da indenização devida pelas perdas e danos sofridos pelo autor."⁵⁸

Contudo, ao longo do tempo, na aplicação desta medida houve avanços e retrocesso. Muitos tribunais franceses, por exemplo, confundiram, e até desvirtuaram a aplicação do instituto que por vezes, ficou configurado como uma indenização adiantada das perdas e danos.

Entretanto, em 1972, através da Corte de Cassação, através de forte movimento jurisprudencial, foi instituído um fundamento geral e preciso às *astreintes*, dirimindo, desta forma, boa parte das dúvidas e conflitos existentes sobre o tema. Em 1991, por meio de lei, foram traçados com precisão suas características e formas de atuação pelo ordenamento francês⁵⁹.

Como expõe Amaral⁶⁰, "a *astreinte* francesa serve de modelo de medida coercitiva judicial para diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, notadamente o brasileiro."⁶¹

No direito inglês, por sua vez, para a prestação da tutela específica das obrigações, foi criado o *contempt of court*, segundo o qual, quando o réu se

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.393-394 Nota 8

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.394. Nota 8

⁵⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo.. Op. cit., p. 28 Nota 27

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.209 Nota 18

⁶⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.29 Nota 27

⁶¹ *Idem, ibidem* p. 29

recusava a atender a decisão do *Chancellor* "era mandado para prisão até que se decidisse a cumprir o que determinava a sentença."⁶²

Atualmente, nos Estados Unidos e na Inglaterra, as sanções impostas por meio do *contempt of court* podem resultar em prisão ou multa, podendo esta última consistir "numa determinada quantia toda vez que a parte viola a ordem judicial, ou por cada dia em que persistir o não cumprimento da mesma ordem."⁶³

Fácil perceber, no entanto, a maior influência da doutrina francesa para a configuração da multa diária coercitiva no Brasil. Tanto é assim, que os processualistas pátrios adotaram a nomenclatura francesa para designar o instituto.

Ademais é de influência desta mesma doutrina a natureza coercitiva e acessória das *astreintes*, o fato desta ser revertida em favor do credor, a possibilidade de sua fixação em antecipação de tutela, entre outras características da multa coercitiva no ordenamento pátrio.⁶⁴

3.3 Estudo das Disposições do Artigo 461 do CPC.

O artigo 461 do CPC, assim como o 461-A e o art. 84 do CDC trazem uma série de novos mecanismos aptos a proporcionar pelo Estado-juiz a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada. Tratam da tutela específica da obrigação de fazer e não fazer, e da obrigação de entregar coisa; da possibilidade antecipação de tutela e da previsão do juiz, de ofício, determinar as medidas que ele considerar necessárias (adequadas) para a obtenção da tutela específica ou para a obtenção de seu resultado prático equivalente.

No estudo deste tópico serão analisadas apenas as disposições do art.461 do Código de Processo Civil, visto que os outros artigos citados lhes são similares, e por ser ele o que reúne o maior número de informações para fins deste trabalho.

3.3.1 Excepcionalidade das perdas e danos

⁶² GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta . *Apud* AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.30. Nota

27

⁶³ AMARAL, Guilherme Rizzo.Op. cit., p. 29. Nota 27

⁶⁴ *Idem, ibidem* p. 53

Há uma forte tendência nos sistemas processuais modernos em se priorizar a execução específica em relação às indenizações em dinheiro, as perdas e danos. Os ordenamentos jurídicos atuais almejam que “as obrigações sejam satisfeitas tal e qual houverem sido constituídas, quer as cumpra o obrigado, quer a execução se faça por obra do Estado-juiz”.⁶⁵

Neste contexto, prevalece a máxima Chiovediana citada por vários doutrinadores, a exemplo de Câmara e Dinamarco de que “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber”⁶⁶. Observe-se, portanto, que o termo ‘precisamente’ identifica a essência da tutela específica.

Deste modo, a tendência em se garantir ao final do processo a prestação da tutela jurisdicional específica, fez com que o antigo dogma da incoercibilidade das obrigações fosse mitigado em razão da necessidade de efetivação dos direitos. Como dispõe o §1º do 461 que “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente”. Desta feita, a conversão da obrigação em pecúnia, nos termos deste parágrafo, apenas se dá nos casos de impossibilidade física ou jurídica de execução específica, posto que é melhor converter do que renunciar a qualquer tutela jurisdicional.⁶⁷

Percebe-se então, ter o legislador pátrio concedido às perdas e danos um caráter secundário, o que corrobora a afirmação de que hoje, legisladores e operadores do direito, cada vez mais buscam a realização da tutela específica em detrimento de indenização pelo equivalente pecuniário.

3.3.2. Medidas de efeito equivalente

Como frisa Dinamarco, “o objeto de interesse do credor é o resultado da conduta devida e não a conduta em si mesma”⁶⁸. Sendo assim, o legislador conferiu ao juiz o poder de converter o pedido do autor em outro que lhe traga o mesmo resultado a fim de proporcionar a tutela mais adequada. Deste modo, o julgador

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.447. Nota 53

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit., p.447 Nota 53 e CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit.,

Nota 1

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p.450. Nota 53

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 451

determina as providências que possam assegurar resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação pleiteada pelo credor diante das particularidades do caso concreto.

O magistrado pode substituir uma obrigação por outra como forma de obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente. Exemplifica-se:

Pensemos, por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de não fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva.⁶⁹

Esta possibilidade de sub-rogação de uma obrigação em outra é importante porque permite que a tutela seja prestada de forma efetiva e pelo meio menos gravoso ao réu. Segundo Marinoni, o juiz está autorizado a agir desta maneira quando o fazer requerido não é suficiente para a tutela do direito.⁷⁰

3.3.3. Antecipação de tutela

Como a prestação da tutela jurisdicional deve ser tempestiva, ou seja, deve ocorrer em um tempo razoável. Quanto mais rápida esta tutela for prestada, mais efetivo terá sido o processo e maior a sua capacidade de resolver os conflitos a atender os interesses da parte que tem razão. Deste modo, buscando proteger o direito que não pudesse esperar o tempo necessário para decisão do processo, foi criada uma tutela diferenciada. O quê, ao nosso entendimento, torna-se eficiente.

Nos termos do §3º do art. 461 do CPC, sendo relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), a tutela específica poderá ser adiantada, inclusive sem a oitiva do réu.

Destaque-se, no entanto a observação feita por Nery segundo a qual, “para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer e não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de

69

KAZUO WATANABE, *apud*, MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.159 Nota 18

70

MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.160. Nota 18

conhecimento *tout court* (CPC 273)".⁷¹ Para as hipóteses descritas no art.461 é suficiente a mera probabilidade da ilicitude, ou seja, a relevância do fundamento da demanda para a concessão da tutela antecipatória. Contudo, para as demais antecipações de tutela, aquelas regidas pelo art. 273 do Código de Processo Civil, exige-se a prova inequívoca, o convencimento do juiz acerca da verossimilhança das alegações, ou o *periculum in mora* ou o abuso do direito de defesa do réu.⁷²

3.3.4. Medidas necessárias

No intuito de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, o legislador concedeu ao juiz a liberdade de aplicar as medidas que considerar necessárias para a obtenção da tutela específica ou de seu resultado prático equivalente. Esta previsão, disposta no §5º do art.461, exemplifica algumas das medidas que poderão ser aplicadas pelo julgador, contudo, este rol não é taxativo, ficando a critério deste, diante das necessidades do caso concreto, escolher a mais conveniente.

Deste modo, para obter o cumprimento do preceito contido em sentença mandamental, o juiz tem o poder de impor qualquer das medidas exemplificadas no referido artigo ou qualquer outra que julgar necessária. Contudo, esta escolha deve estar abalizada pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não devendo chegar ao limite de humilhar ou degradar o réu.⁷³

Estas medidas podem ter características sub-rogatórias ou coercitivas. A sub-rogação, de modo genérico, acontece quando alguém se coloca em lugar de outro. Nas medidas sub-rogatórias sob análise, o Estado-juiz substitui as diligências que deveriam ser tomadas pelo devedor. Deste modo, apanha os bens do réu e faz incidir sobre eles as providências cabíveis, de modo que passem à esfera jurídica do credor. As medidas coercitivas, por sua vez, consistem em pressionar psicologicamente o obrigado para que cumpra sua obrigação. Segundo Dinamarco, "mediante elas, o Estado-juiz procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que seja mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento".⁷⁴

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.858

⁷² *Idem, ibidem*, p.858

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.46. Nota 53

⁷⁴ *Idem, ibidem* p.47

Em meio às medidas coercitivas, as multas coercitivas possuem maior relevo, sendo as de maior utilidade prática. Constituem “meio de execução indireta; não incidem sobre bens, mas sobre a vontade, e não produzem resultados por elas próprias os resultados desejados (sub-rogação), mas buscam persuadir o obrigado a produzi-los.”⁷⁵

Esta modalidade de multa, anteriormente utilizada em casos excepcionais e não vista com bons olhos em razão da proteção à liberdade do devedor, na atualidade vem sendo consolidada como meio de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

3.3.5. Auto-executoriedade da sentença

As sentenças proferidas com base nos art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil dão origem à execução específica, que segundo Dinamarco, “visa a restaurar direta e especificamente o próprio direito sacrificado ou transgredido pelo obrigado, o que se faz nas execuções por entrega ou por obrigações de conduta.” Deste modo, pretende proporcionar ao credor a tutela jurisdicional mais eficiente possível para que ele receba o bem a que tem direito.

As reformas do Código de Processo Civil trouxeram novos mecanismos no intuito de agilizar a prestação da tutela específica. Uma das características marcantes trazidas por estas reformas, mais precisamente por meio da Lei nº 10.444/2002, foi a possibilidade de execução das sentenças que obrigam um fazer, não fazer ou entregar, serem realizadas sem a necessidade de um processo de execução autônomo, ela pode ser obtida em um único processo composto de duas fases: uma cognitiva e outra executiva, ou seja a execução se procede na continuação do processo de conhecimento, tal como se procede hoje nas sentenças condenam à obrigação de pagar quantia certa por meio da Lei nº. 11.232/2005. Nesses termos, a execução nos moldes do Art. 461 é um prolongamento do mesmo processo em que a condenação foi proferida. Corroborando esta afirmação, apresenta-se o seguinte julgado do STJ:

⁷⁵

Idem, ibidem p.453

PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXECUÇÃO ART. 461 DO CPC. MULTA DIÁRIA (ASTREINTES). MOMENTO DE INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULAS 282 E 356/STF.

- Na tutela das obrigações de fazer e de não fazer do art. 461 do CPC, concedeu-se ao juiz a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, caracterizadas por um procedimento híbrido no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos.

- Fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461, e não cumprido o preceito dentro do prazo estipulado, passam a incidir de imediato e nos próprios autos as astreintes.⁷⁶

[...]

Assim, após ser prolatada a sentença ou decisão interlocutória que declara a existência de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar, devedor será intimado pessoalmente para cumprir a ordem judicial em prazo determinado. Não cumprida a obrigação, começam a incidir sobre ele as medidas de coerção ou sub-rogação impostas pelo juiz para forçá-lo a adimplir.

3.4 Conceito, Natureza Jurídica e Características das *astreintes*

3.4.1 Conceito

Denomina-se doutrinariamente de *astreintes* a multa fixada em sentença ou em antecipação de tutela, a pedido do autor ou de ofício pelo juiz, por tempo de atraso no cumprimento de uma decisão judicial que determina uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar, a fim de coagir o réu a cumpri-la.

Planiol, doutrinador francês dá a seguinte definição:

Chama-se 'astreinte' a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente⁷⁷

⁷⁶ REsp 663.774/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26.10.2006, DJ 20.11.2006, p.301.

⁷⁷ PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil, *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 85. Nota 27

Para Marinoni, "a multa é um meio de coerção indireta que tem por fim propiciar a efetividade das ordens de fazer e de não fazer do juiz, sejam elas impostas na tutela antecipatória ou na sentença."⁷⁸ Ressalte-se, no entanto, que este conceito fora formulado antes do advento da lei 10.444/2002, o que justifica a ausência de menção à ordem judicial de entregar coisa.

Contudo, o conceito das *astreintes* está intimamente agregado às suas características e natureza jurídica, por isso ele será melhor entendido adiante.

3.4.2 Natureza jurídica

O estudo da natureza jurídica das *astreintes* facilita a compreensão da dimensão de seu conceito, função, hipóteses de cabimento e eficácia.

Inicialmente, cumpre destacar a lição de Marinoni⁷⁹ sobre tutelas e técnicas de tutelas, abordada anteriormente. De acordo este entendimento, as *astreintes* são consideradas técnicas de tutela, por constituírem um meio, uma técnica criada com o objetivo de assegurar a prestação de tutela do direito material. Assim, percebe-se que a aplicação da multa não tem fim em si mesma, ela existe em razão de garantir o cumprimento da obrigação devida pelo réu.

Este instituto decorre do poder de *imperium* do magistrado, que segundo Prata⁸⁰, é o poder pelo qual se força o cumprimento efetivo de uma decisão, é, portanto, a maneira através da qual o juiz põe em prática a sua autoridade. Deste modo, o juiz fixa a multa para "conseguir um meio de desempenhar sua função jurisdicional."⁸¹ Trata-se portanto de uma relação entre o Estado-juiz e o devedor.

Conclui, Amaral, que "a decisão que fixa as *astreintes*, seja ela final ou interlocutória, constitui técnica de tutela, meio para cumprimento efetivo da função jurisdicional *lato sensu* e, portanto, manifestação do poder de *imperium* do juiz."⁸²

3.4.3. Caráter coercitivo das *astreintes*

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.105-106. Nota 29

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 145-147 Nota 8

⁸⁰ PRATA, Edson. As "*astreintes*" no direito brasileiro *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.55 Nota 27.

⁸¹ *Idem, ibidem* p.55

⁸² AMARAL, Guilherme Rizzo. Op.cit., p.56 Nota 27

A fixação de *astreintes* tem, por escopo maior, coagir o devedor ao cumprimento de uma obrigação, que pode ser a prática ou a abstenção de um ato, ou ainda entrega de coisa, em determinado período, instituído por ordem judicial. Caso a ação a que está obrigado não seja cumprida, o réu estará sujeito incidência de multa por tempo (dias, meses, etc.) de atraso em sua prestação.

Como o valor da multa aumenta em razão do retardo do devedor no cumprimento da ordem judicial, em tese, quanto mais prontamente a obrigação for satisfeita, mais vantajoso será para o seu devedor. Assim, este instituto pretende agir diretamente sobre a vontade deste, fazendo com que, por sua iniciativa, cumpra a decisão judicial por esta lhe ser preferível ao pagamento da multa.

O caráter coercitivo desta multa, elemento herdado do instituto francês, é incontroverso na doutrina e na jurisprudência. "As *astreintes* são, por definição, medida coercitiva, cujo único objetivo é pressionar o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória"⁸³. Segundo Liebman, ela é "destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer pela ameaça de uma pena susceptível de aumentar indefinidamente"⁸⁴.

Saliente-se, todavia, que esta multa não tem por escopo punir conduta ilícita. Seu objetivo é apenas coercitivo, constitui técnica a fim de pressionar psicologicamente réu a adimplir. Do mesmo modo, não se verifica o propósito de ressarcimento de danos. Estes, o caráter punitivo e o ressarcitório pertencem a institutos diversos das *astreintes*.

Oportunamente, destaca-se o comentário de Amaral acerca das conseqüências do caráter coercitivo da multa:

Do caráter coercitivo das *astreintes* brotarão diversas outras características importantes, tais como a da desvinculação do valor da multa para com o da obrigação principal a que mesma visa a assegurar o cumprimento, bem como a independência em relação às perdas e danos oriundas do descumprimento de decisão judicial.⁸⁵

Desta feita, em razão de sua função intimidatória, as *astreintes* devem ser fixadas em valor suficiente para constranger o réu à prática de ordem judicial, assim,

⁸³ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela específicas das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 182-183.

⁸⁴ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Processo de Execução*. apud AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.56 Nota 27.

⁸⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo Op. cit., p.64 Nota 27..

sendo necessário, poderá ser estabelecida em valores até mesmo superiores ao da obrigação no intuito de que seja atingida sua finalidade.

3.4.4 Caráter acessório das *astreintes*

As *astreintes* são acessórias, posto que não têm fim em si mesma. Como visto, constituem técnica de tutela, meio processual criado para garantir a efetividade das ordens judiciais. Fixadas com o objetivo de coagir o devedor a cumprir ordem judicial a que está obrigado, elas só tem razão de existir quando este fim, ainda é almejado. Deste modo, se o cumprimento desta ordem não é mais desejado, não há mais razão para permanência da multa.

Mostra-se meritório ressaltar esta característica visto que, mudanças na qualidade da obrigação ou na possibilidade de seu cumprimento, refletem necessariamente na incidência e na exigibilidade das *astreintes*.⁸⁶

O brocardo latino 'o acessório segue o principal' aplica-se, de certo modo, a esta situação, assim, caso seja extinta a obrigação ou impossível o seu cumprimento, dissolve-se também medida coercitiva acessória firmada no intuito de garanti-la. Nestes termos, Guerra:

A multa não pode ser imposta diante da impossibilidade prática de execução específica ser realizada. É dizer: quando se verificar que a execução específica é ou tornou-se impossível, a multa não pode ser imposta, ou continuar incidindo concretamente.⁸⁷

Quando a obrigação deixar de ser exigível, o mandamento judicial que fixa a multa para o seu cumprimento, conseqüentemente, também o será. Contudo, saliente-se que as *astreintes* não estão vinculadas diretamente à obrigação, mas sim à ordem do juiz que determinou o seu cumprimento. Como afirma Amaral, "não constitui equívoco afirmar que as *astreintes* são acessórias da decisão judicial e dependentes da possibilidade de cumprimento da obrigação principal"⁸⁸.

Pois, ante a impossibilidade fática de cumprimento da obrigação, a multa cessa sua incidência, contudo, ela permanece exigível até o dia em que esta foi

⁸⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.65 Nota 27

⁸⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo, Op. cit., p. 65 Nota 27

⁸⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. ,Op. cit., p.66 Nota 27

inviabilizada. Entretanto, a obrigação do réu para com o autor permanece, deixando de existir apenas a possibilidade de execução *in natura*.

Do mesmo modo, pode acontecer da decisão do juízo *a quo* que reconhece a obrigação e ordena o seu cumprimento ser reformada, neste caso, transitando esta em julgado, as *astreintes* não são mais exigíveis, extinguindo-se de pleno direito, ao contrário da situação anterior. Deste modo, se foi decidido que o réu não é mais devedor da obrigação, não há razão para se exigir o cumprimento de multa que tem por objetivo forçá-lo a cumpri-la, embora, como se verá adiante, há posicionamento divergente nesse sentido.

Conclui-se, portanto, que as *astreintes* são acessórias da ordem contida na decisão que as fixa, razão pela qual sua existência depende da manutenção desta. Ademais, "sua incidência está vinculada à possibilidade prática do cumprimento específico da obrigação declarada nessa decisão"⁸⁹.

3.4.5 Caráter patrimonial

Por serem uma espécie de multa, as *astreintes* acabam por incidir no patrimônio do devedor. Entretanto, este não é o objetivo almejado. O escopo deste instituto, como se sabe, é coagir o réu ao cumprimento de ordem judicial a que está obrigado. Esta coerção, contudo, pretende ser psicológica, visto que a multa serve para tentar convencer o devedor que lhe é mais vantajoso atender a disposição do juiz a pagar a multa. Então, verifica-se que, de início, não se pretende atingir o patrimônio do obrigado.

Todavia, este caráter patrimonial não pode ser negado completamente, pois apesar de não ter esta finalidade precípua, as *astreintes* terminam por atingir o patrimônio do réu quando ele não observa a ordem judicial. Frise-se, no entanto, que este caráter é secundário, só se efetivando em caso de ineficácia do objetivo da multa. Assim, como bem salienta Marinoni:

Se a multa não atinge os seus escopos, não levando o demandado a adimplir a ordem do juiz, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o réu inadimplente. Neste momento, é certo, acaba por assumir a mera feição de sanção pecuniária; entretanto, tal

⁸⁹

AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.68 Nota 27

feição, assumida pela multa justamente quando ela não cumpre os seus objetivos, é acidental em relação à sua verdadeira função e natureza.⁹⁰

Deste modo, a incidência das *astreintes* sobre o patrimônio do réu é acidental, pois este só é alcançado quando resta infrutífera a ameaça psicológica, que é de fato o objetivo da multa.

3.5. Das Obrigações que Autorizam a Imposição Judicial de *Astreintes*

3.5.1 Das obrigações de fazer e não fazer

As *astreintes* aplicam-se às decisões que impõem ao réu o cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa, certa ou incerta. Excluem-se, no entanto, de sua área de atuação, as decisões que impõem ao réu as obrigações de pagar coisa certa, ou seja, aquelas de conteúdo monetário.

O conceito de obrigações não consta em nosso ordenamento jurídico, cabendo, portanto, à doutrina, a tarefa de elaborá-lo. Em geral, ele está relacionado a uma idéia de um vínculo, uma relação jurídica entre as partes que causa um dever jurídico de se observar certa conduta sob pena de se receber uma sanção pelo não-cumprimento do comportamento prescrito em uma norma jurídica⁹¹, que pode ser oriunda de lei ou da vontade das partes. Segundo Clóvis Beviláquia:

Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que por ato nosso, ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão⁹²

A obrigação de fazer, de forma simplória, pode ser caracterizada como aquela cujo objeto de prestação é um ato do devedor, enquanto que a de não fazer consiste na abstenção da prática de determinado ato. De forma mais detalhada, Maria Helena Diniz, conceitua a obrigação de fazer como a "que vincula o devedor à prestação de um serviço ou ato positivo, material ou imaterial, seu ou de terceiro, em

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.106. Nota 29

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 2v. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 29

⁹² BEVILÁQUIA, Clovis. *Apud*, DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.32 Nota 92

benefício do credor ou de terceira pessoa.”⁹³ A obrigação de não fazer, por sua vez, por esta mesma doutrinadora é “aquela em que o devedor assume o compromisso de abster-se da prática de um ato, que poderia praticar livremente se não se tivesse obrigado para atender interesse jurídico de credor ou de terceiro”.⁹⁴

A obrigação de dar consiste no dever de entregar ao credor uma coisa, seja ela certa ou incerta, que lhe é devida. Admite-se aplicação das *astreintes* em ambas as espécies, posto que o art.461-A não faz qualquer distinção entre elas.

Questão interessante mostra-se na obrigação de prestar declaração de vontade, que conforme expõe Rizzo Amaral, consiste numa espécie do gênero obrigação de fazer. Contudo, neste caso não se autoriza a aplicação das *astreintes*, posto que com a criação da adjudicação compulsória, os efeitos da sentença transitada em julgado, suprem a necessidade desta obrigação.

3.5.2 Aplicação das *astreintes* e a fungibilidade das obrigações

A idéia de fungibilidade das obrigações segue a mesma noção estabelecida pelo Código Civil em relação às coisas fungíveis e infungíveis. Nas obrigações, esta fungibilidade pode decorrer da sua própria natureza ou por disposição contratual.

Considera-se a obrigação como fungível quando é possível ser prestada por outra pessoa que não o devedor, sem que isto faça diferença para o credor. A infungível, por sua vez, é aquela na qual seu objeto, em razão da natureza da prestação ou de convenção das partes, só pode ser executado pelo réu, sua realização por pessoa diversa é desinteressante para o autor. É o exemplo da chamada obrigação *intuitu personae*, a qual está pautada nas qualidades pessoais do obrigado. Neste caso, o uso da multa coercitiva torna-se imprescindível na eventualidade do devedor não cumprir espontaneamente a obrigação, posto que esta é a única forma de constrangê-lo sem invadir seus direitos individuais.

Saliente-se que as obrigações de não fazer são naturalmente infungíveis, só mesmo o obrigado poderá realizá-la, pois “não há como alguém deixar de fazer alguma coisa por outrem”.⁹⁵

⁹³ DINIZ, Maria Helena. ,Op. cit.,. p. 102.

⁹⁴ *Idem, ibidem* p.110

⁹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.93. Nota 27

Havia na doutrina controvérsia sobre a possibilidade de aplicação das *astreintes* quando pudessem ser empregados os meios de sub-rogação, ou seja, quando existisse a opção da obrigação ser cumprida por outrem, que não o devedor. Contudo, essa discussão não merece maiores delongas, posto que o Código de Processo Civil, em seu art.461, dispõe sobre as obrigações de fazer e não fazer de modo indiscriminado, não estabelecendo qualquer discriminação entre as fungíveis e as infungíveis e permitindo, inclusive, o seu uso nas obrigações de entregar coisa, por meio do art.461-A.

Há, contudo, situações em que o uso das *astreintes* não parece ser muito interessante ao demandante, é o caso, por exemplo, das obrigações pautadas no processo criativo do devedor. Nesta situação, “é evidente o prejuízo que traria a adoção de coerção do demandado, seja pelo constrangimento excessivo deste, seja pelo resultado insatisfatório que tal procedimento traria ao autor”. Assim, neste tipo de situação, constranger o devedor ao cumprimento da obrigação específica não é vantajoso para o credor, aparentando ser, portanto, a indenização por perdas e danos, sua melhor opção.

3.6. Sujeito Passivo da Multa

3.6.1 Da aplicação das *astreintes* em face da fazenda pública

As *astreintes* são estabelecidas em desfavor do réu, vez que ele, por ser o destinatário da ordem judicial para cumprimento de obrigação, ao descumprir-la, dá ensejo à incidência da multa. Sendo assim, parece clara a conclusão de que é o réu o sujeito passivo da multa coercitiva.

Entretanto, trava-se o debate quando o sujeito que configura no pólo passivo da demanda é uma pessoa jurídica de direito público. Neste caso, questiona-se a legitimidade da cobrança de *astreintes* em face da Fazenda Pública, posto que os prejuízos causados pelo pagamento da multa são suportados pelo erário, e por esta razão, recaem sobre toda sociedade.

Diante do contexto, é válido ressaltar que as ações de responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público são executadas pelos agentes públicos, os quais, por negligência ou má-fé, ao desatenderem a ordem judicial, dão ensejo à incidência da multa, podendo, inclusive, terem agido sem o consentimento do órgão

a que estão vinculados. Deste modo, apesar da desídia alheia, o dano é suportado pelos cofres públicos e, conseqüentemente, pela coletividade, posto que a sentença é executada em desfavor do ente público, e não contra o agente que descumpriu a ordem.

Ressalte-se que, em razão de sua função coercitiva, a multa deve ser fixada em valores altos a fim de forçar o devedor a cumprir ordem judicial. Assim, caso a agente público não cumpra o devido, pode incorrer em graves danos ao erário. Neste sentido, posiciona-se Greco Filho:

Entendemos [...] serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a fazenda Pública são outros. Contra esta multa não tem nenhum efeito cominatório porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo⁹⁶.

Entretanto este posicionamento não é acompanhado pela doutrina majoritária. Talamini, ao comentar os pesados encargos aos cofres públicos que podem ser causados por seus agentes considerou o seguinte:

Entretanto, esse aspecto patológico não serve de argumento para eximir os entes estatais do regime de coerção patrimonial. Condutas daquela ordem devem ser combatidas através de instrumentos de controle da Administração Pública [] Verificada a atuação dolosa ou culposa do agente, cumpre responsabiliza-lo civil, penal e administrativamente - cabendo-lhe ressarcir o erário público.⁹⁷

Contudo ousamos discordar deste processualista no ponto concernente à viabilidade prática da ação regressiva da Administração em face do agente público desidioso a fim de se obter o ressarcimento do dano ao erário. A nosso ver, de fato, diante das vultosas multas que são aplicadas às pessoas jurídicas de direito público, esta realidade será quase ilusória. As *astreintes*, nestes casos, comumente, atingem valores astronômicos: primeiro porque existe a idéia que o poder público tem sempre recursos e pode pagar, assim para que a multa atinja seu efeito coercitivo, deve ser fixada em valores elevados; segundo em razão da tradicional morosidade do serviço

⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.p.73

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. *A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.36, 2001.Disponível em:<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/issue/view/210>

público brasileiro na execução de seus atos, o que conseqüentemente, gera maior acúmulo da multa, posto que o valor desta é proporcional ao tempo de atraso no cumprimento da ordem judicial. Deste modo, na imensa maioria dos casos, o prejuízo acabará recaindo apenas sobre o erário, posto que dificilmente o agente público disporá de condições financeiras para ressarcir-lo na extensão exata do dano.

Por tais razões, percebe-se também que a incidência de *astreintes* contra as pessoas jurídicas de direito público não têm se mostrado muito eficiente. Talvez porque o agente público não se sinta plenamente coagido a observar a ordem do juiz, vez que o ônus decorrente desta inobservância não lhe recairá diretamente. Todavia, Amaral⁹⁸ apresenta posicionamento de que não se pode admitir a escusa de pessoa jurídica de direito público, “seja pelo deliberado descumprimento de ordem judicial, seja pelo desatendimento da mesma por falha no controle dos atos dos agentes públicos”, vez que considera ser responsabilidade da Administração a fiscalizar da conduta de seus agentes. Neste sentido, é válido destacar a lição do Ministro Luiz Fux, que ressalta a importância deste entendimento, principalmente, quando o bem almejado é um direito constitucional:

[...]a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.⁹⁹

Diante deste posicionamento já consolidado em seus julgados, o Superior Tribunal de Justiça faz apenas a ressalva de que obrigação de pagar para a Fazenda Pública, ainda que em decorrência da obrigação de fazer ou de entregar

⁹⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.100.Nota 27.

⁹⁹ REsp 771.616/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 01.08.2006) 5. Recurso Especial provido, divergindo do E. Relator.(REsp 790.175/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.12.2006, DJ 12.02.2007 p. 249

coisa, está sujeita ao rito do art. 730 do Código de Processo Civil e 100 da Constituição Federal¹⁰⁰

Por fim, ressalte-se a observação feita por Dinamarco, segundo o qual, “qualquer tratamento diferenciado nessa matéria seria um privilégio inconstitucional e antidemocrático”.¹⁰¹ Por esta razão é indispensável impor aos órgãos estatais o cumprimento do que houver decidido o poder judiciário por meio do devido processo legal¹⁰².

3.6.2 *Astreintes* contra o autor e contra terceiros

As *astreintes* têm por função constranger o devedor a cumprir uma ordem judicial. Sendo assim, poder-se-ia indagar sobre a hipótese do cabimento da multa contra autor ou terceiro envolvido na lide no intuito de forçá-los a cumprir alguma decisão do magistrado.

Contudo, sobre o tema, como afirma Amaral, “o simples fato de alguém poder se submeter a ordem judicial não implica, necessariamente, a possibilidade de aplicação das *astreintes* como meio coativo”.¹⁰³

Desta feita, é válido observar o comando legal do §4º do art. 461 do CPC ao instituir que independentemente do pedido do autor, o juiz poderá impor multa diária ao ‘réu’. Isto significa que a própria lei limitou a aplicação das *astreintes* apenas em face do demandado, posto que a ele cabe o cumprimento da obrigação específica ou resultado prático equivalente que a multa pretende assegurar.

Entretanto, caso o autor ou terceiro envolvido no processo descumpra preceito mandamental ou crie embaraço à efetivação dos provimentos judiciais, incide sobre eles outra espécie de multa, a qual encontra-se determinada no parágrafo único do art.14 do Código de Processo Civil que possui natureza diversa das *astreintes*, podendo inclusive ser aplicada contra o réu e ser cumulada com a multa coercitiva.

3.7 Momento de Fixação das *Astreintes*

¹⁰⁰ (REsp 851760/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 11.09.2006)

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.468 Nota 53

¹⁰² *Idem, ibidem*. p.468

¹⁰³ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.101 Nota 27

De acordo com a redação do art. 461 do Código de Processo Civil, as *astreintes* podem ser fixadas “independentemente de pedido do autor”, o que autoriza sua imposição de ofício pelo magistrado.

As *astreintes*, de acordo com a redação dos §§3º e 4º do art. 461 do CPC, podem ser fixadas em sentença ou em liminar ou antecipação de tutela. Contudo, como explica Spadoni, estes são os momentos ideais para a imposição da multa, mas nada obsta, por exemplo, que após concedida liminar, percebendo a recalcitrância do réu no atendimento à ordem, o juiz pode imponha multa as *astreintes* no intuito de reforçar o atendimento ao comando judicial.¹⁰⁴

O mesmo entendimento tem Dinamarco o qual assevera que “as multas devem ser impostas logo na decisão que julga procedente o pedido, mandando entregar, fazer ou abster-se, ou na decisão interlocutória portadora de alguma dessa ordem.” Contudo afirma que quando isso não tiver sido feito, o juiz poderá impor as *astreintes* no curso da execução.¹⁰⁵

Conforme ressalta Rizzo Amaral, as multas podem ser fixadas a qualquer tempo, desde que presentes o requisitos para sua aplicação. Ou seja, podem ser determinadas, por exemplo, em sede recursal ou no despacho da petição inicial no processo de execução de título extrajudicial.

Ademais, em razão de ser meio para o exercício do poder de *imperium* do magistrado, a multa coercitiva poderá ser estabelecida por juiz de segunda instância e instâncias extraordinárias. Deste modo, as *astreintes* podem ser fixadas quer pelo relator do recurso, quer por órgão colegiado, por força de julgamento final de recurso interposto.¹⁰⁶

3.8 Determinação do Valor da Multa

É imprescindível para o propósito do presente estudo a discussão sobre a determinação do valor das *astreintes* e dos limites para sua fixação. Este tema,

¹⁰⁴ SPADINI, Joaquim Felipe, *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 106 Nota 27.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.473 Nota 53

¹⁰⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p.110. Nota 27

devido a sua importância prática, é fonte de intenso debate na doutrina e nos tribunais.

Inicialmente, cumpre ressaltar que não há regras no Código de Processo Civil para a determinação do quantum da multa cominatória. Deste modo, fica a critério do juiz determinar os parâmetros a serem adotados no momento da fixação do valor das *astreintes*.

Em geral, o *quantum* da multa cominatória dever ser estipulado em adequação ao patrimônio do devedor e à natureza da obrigação imposta por ordem judicial. É esta, de certo modo, a intenção do legislador ao dispor no §4º do art. 461 que a multa será fixada se “suficiente ou compatível com a obrigação”. De modo que, a multa deverá ser determinada em valor suficiente para coagir o réu, e compatível com a obrigação para qual se deseja coagi-lo.¹⁰⁷

É importante verificar a capacidade econômica do réu, porto que a multa deve ser determinada em proporção ao patrimônio do réu. E para que seja eficaz, ela deve ser fixada em valor considerável a fim de trazer algum prejuízo patrimonial ao devedor para que ele sinta-se forçado a cumprir a ordem judicial. Deste modo, caso o valor da multa seja insignificante em relação à capacidade econômica do réu, ela não terá forças para coagi-lo.

Deve-se também considerar se a vantagem econômica auferida pelo devedor com o descumprimento da obrigação é maior que o prejuízo causado pela incidência da multa. Nesta situação, a multa deve ser fixada em valor superior a este benefício para que seja possível atingir seu objetivo.

Em meio a este tema, questão importante refere-se à limitação do valor da multa coercitiva. Como não há na previsão legal para este limite, o silêncio do legislador como foi interpretado na intenção de se excluir esta possibilidade. Contudo, este entendimento, antes de estar consolidado, já foi objeto de muitas discussões.

Parte da divergência sobre a questão diz respeito à idéia de que o valor multa deve estar adstrita ao valor da obrigação. Esta confusão provavelmente se estabeleceu em função da disposição do art. 920 do Código Civil de 1916, com idêntica redação no art. 420 do Código Civil de 2002, os quais estabelecem que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação

¹⁰⁷*Idem, ibidem* p.137

principal.” Deste modo, estabelecendo uma errônea analogia entre a multa estipulada em cláusula penal e a multa coercitiva, tentou-se afirmar que o *quantum* final das *astreintes* estaria limitado pelo valor da obrigação principal. No entanto, é importante perceber que as naturezas das referidas multas são completamente distintas. A primeira tem caráter penal, enquanto que a segunda, coercitivo. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou sobre a contenda por meio do REsp 196262/RJ¹⁰⁸, afirmando a diferença entre as duas espécies que multa e asseverando que não há teto para a cominação do valor das *astreintes*. Neste sentido, o Ministro Luiz Fux,¹⁰⁹ em recente decisão considerou que o valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada porque a sua natureza não é compensatória, visa apenas persuadir o devedor a realizar a prestação devida.

Atualmente, após reiteradas decisões do colendo STF no sentido de que o a multa não sofre limitação pelo valor da prestação, este entendimento está pacificado na doutrina.

Acrescente-se ainda, que caso a multa estivesse limitada pelo valor da obrigação ela perderia seu caráter coercitivo, pois, o devedor, deste modo, poderia escolher qual atitude lhe seria mais conveniente, pagar a multa ou cumprir a ordem judicial.

Em meio ao tema, destaque-se que uma vez fixado um ‘teto’ para o *quantum* a ser atingido pelas *astreintes*, elas teriam sua eficácia limitada pelo tempo, ou seja, após atingirem este limite, seu valor ficaria estagnado, não mais podendo aumentar por cada período de atraso no cumprimento da obrigação. Deste modo, a multa em determinado momento, perderia seu caráter coercitivo.¹¹⁰

3.9 Incidência e de Periodicidade

¹⁰⁸ REsp 196262/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.12.1999, DJ 11.09.2000 p. 250

¹⁰⁹ REsp 770.753/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.02.2007, DJ 15.03.2007 p. 267

¹¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., 2004 Nota 27.

As *astreintes* são conhecidas como a multa diária imposta nas obrigações de fazer, não fazer e entregar. Contudo, a periodicidade da multa pode ser diversa, não sendo esta, necessariamente, fixada em dias, como o nome sugere, fato este que demonstra a imprecisão desta denominação.

O art. 461, em seu §4º, acrescentado pela Lei nº. 8.952/94 dispõe que o juiz poderá impor 'multa diária' ao réu. No entanto, o §5º do mesmo artigo, modificado pela Lei nº. 10.444/02, traz em seu texto a expressão 'multa por tempo de atraso', admitindo, portanto, uma periodicidade diversa daquela estabelecida em dias. Assim, a nova denominação trouxe maior precisão para o texto legal, posto que a periodicidade da multa deve ser estabelecida pelo juiz diante da necessidade do caso concreto, podendo ser fixada em unidades de medida maiores ou menores que o dia. Deste modo, por exemplo, diante de uma situação de urgência, as *astreintes* podem ser fixadas em horas, perdendo, pois, o caráter de multa 'diária'.

Há ainda a previsão da periodicidade da multa ser modificada a critério do juiz, quando se verificar que ela se tornou insuficiente ou excessiva, conforme disposição do §6º do art.461 do CPC.

Como as *astreintes* são fixadas em razão de tempo de atraso do devedor no cumprimento de ordem judicial, é importante identificar o dia de início e do término de sua incidência, ou seja, o termo inicial e o final.

O juiz, ao conceder a sentença ou a decisão interlocutória que fixa as *astreintes*, manifesta uma ordem ao réu para que ele cumpra a obrigação devida em prazo razoável. Após o decurso deste tempo, incorrerá a cobrança da multa estipulada por cada unidade de tempo de atraso no cumprimento da obrigação.

Deste modo, enquanto não transcorrido o prazo judicial, a multa não poderá ser aplicada, posto que a ordem judicial não fora descumprida, fato que é pressuposto para incidência das *astreintes*. Conclui-se, portanto que a contagem do tempo para o início da cobrança da multa começa a decorrer a partir do primeiro dia subsequente ao término do prazo fixado pelo juiz.

Contudo, em meio a estas conclusões, é importante esclarecer que o prazo fixado pelo magistrado para que o devedor cumpra a ordem judicial começa a correr a partir da intimação pessoal do réu da decisão que o obriga. Neste sentido destaca-se o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. ASTREINTES. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. A intimação da parte obrigada por sentença judicial a fazer ou a não fazer deve ser pessoal, só sendo exigíveis as *astreintes* após o descumprimento da ordem. Recurso especial não conhecido.¹¹¹

O quê, necessariamente, não precisa ser pessoalmente, se a intimação através do advogado com procuração devida lhe dá amplos poderes para ser intimado. O termo final da multa, nas obrigações de fazer, é assinalado quando, após o início da contagem da multa, o devedor finalmente cumpre a ordem judicial a que está obrigado. Outra forma de cessação da incidência das *astreintes* é quando o credor requer a conversão em perdas e danos ou quando impossível o cumprimento da obrigação específica ou de seu resultado prático equivalente.

Segundo Talamini, “a produção do resultado específico através de meios sub-rogatórios (resultado prático equivalente) também faz cessar a incidência da multa”.¹¹² Assim, ao optar pela sub-rogação, o autor demonstra o abandono da via coercitiva, portanto, como não é mais necessário coagir o devedor, vez que a obrigação será cumprida por outrem, fixa-se o termo final da multa.

Neste sentido, quando ocorre a sub-rogação ou a conversão em perdas e danos, a obrigação específica não será mais cumprida pelo réu, quer por opção do credor, quer por impossibilidade de sua execução. Contudo, nestes casos, não significa que o autor renunciou ao crédito das *astreintes*, ela ainda é devida até o dia em que a medida coercitiva não mais fora necessária, nestes termos, a multa apenas cessa sua incidência.

3.10 Exigibilidade

A iniciativa de execução da multa, conforme convencionalizada doutrinária e jurisprudencialmente, cabe ao credor, que para isso, deverá estar na posse de um título executivo. Como assevera Talamini¹¹³, independentemente de terem sido fixadas em decisão interlocutória, sentença ou acórdão, a execução das *astreintes*

¹¹¹ (REsp 629.346/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.11.2006, DJ 19.03.2007 p. 319)

¹¹² TALAMINI, Eduardo, *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo, Op. cit., p.116 Nota 27

¹¹³ TALAMINI, Eduardo, *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo. Op.cit., p.207 Nota 27

fundar-se-á em título judicial e seguirá os trâmites procedimentais relativos à execução por quantia certa. Sendo assim, para que esta cobrança seja possível, o título deverá ser líquido, certo e exigível.

A certeza é verificada quando consta na decisão judicial a previsão das *astreintes*, a obrigação jurídica devida e o nome dos sujeitos da relação jurídica (credor e devedor). A liquidez é obtida ao se determinar o valor exato do crédito decorrente da incidência da multa, o qual é obtido multiplicando-se o valor unitário da multa pelo número de dias dispostos no intervalo entre o termo inicial e o final.

A exigibilidade das *astreintes*, contudo, é elemento de divergência na doutrina e na jurisprudência. O cerne da contenda refere-se ao momento em que o crédito resultante da imposição da multa pode ser exigido. Nestes termos, questiona-se principalmente sobre a possibilidade de execução das *astreintes* antes do trânsito em julgado da decisão que as fixa, posto que nestes casos, o julgamento final do processo pode não confirmar a existência da obrigação devida, contrariando portanto, a sentença ou tutela antecipatória que fixou a multa coercitiva. Neste sentido, segundo Dinamarco:

A exigibilidade dessas multas, havendo sido cominadas em sentença mandamental ou em decisão antecipatória da tutela específica ocorrerá sempre a partir do trânsito em julgado daquela – por que, antes, o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação a fazer, não-fazer ou entregar, cessa também a cominação.¹¹⁴

Para Barbosa Moreira¹¹⁵, o credor pode exigir a multa a partir do dia em que começa sua incidência. Guerra também defende que não há razão para negar a possibilidade de se promoverem execuções parciais da multa diária enquanto ela ainda está incidindo.¹¹⁶

Há autores ainda, a exemplo de Spadoni, que afirmam além de não ser necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença, a execução das *astreintes* independe do resultado do provimento final do processo, “os valores da multa passam a ser devidos desde o momento em que for constatado o não cumprimento do preceito judicial pelo réu, podendo, desde logo, serem cobrados judicialmente,

¹¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Op.cit., p. 474 Nota 53

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997

¹¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima Guerra, *apud*. AMARAL, Guilherme Rizzo. Op.cit., p.211 Nota. 27

em execução definitiva”, não se exigindo para tanto, a procedência do pedido.¹¹⁷ Entende-se não ser este argumento de bom alvitre. Sendo assim, é válido destacar o pensamento de Marinoni:

[...] é completamente irracional admitir que o autor possa ser beneficiário quando a própria jurisdição chega a conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executar (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória. Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem razão apenas porque o réu deixou de adimplir uma ordem do Estado-juiz.¹¹⁸

Infundado, pois, se mostra o entendimento que a execução é cabível independentemente da procedência do pedido. O escopo das *astreintes* é coagir o devedor a cumprir preceito judicial que o abriga a adimplir determinada obrigação. Se esta não é mais devida, como permitir a cobrança da multa que objetiva forçar a sua observância? Caso o objetivo seja apenas punir o réu pela desobediência à ordem judicial, há para este fim previsão legislativa específica, qual seja, a multa do art. 14 do Código de Processo Civil.

Em razão dos motivos expostos, é recomendável se proceder à execução das *astreintes* apenas após o trânsito em julgado da decisão que as fixou e apenas nos casos em que ela é procedente, posto que, não seria justo permitir a cobrança da multa quando a legitimidade da obrigação que a gerou ainda está sendo discutida em juízo, podendo inclusive ser julgada indevida.

¹¹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe..*apud* AMARAL, Guilherme Rizzo.Op. cit., Nota 27

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Op. cit., p.222.Nota 18

4- DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO JUDICIAL DAS ASTREINTES

E por capítulo final, deixemos para debater os pontos mais polêmicos deste trabalho final de graduação, tendo como foco a possibilidade de redução das *astreintes* sem perder seu caráter coercitivo, ante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, do beneficiário da multa, dos limites da coisa julgada em relação à possibilidade de redução judicial da multa cominatória e da possibilidade de redução das *astreintes* nas relações jurídicas disciplinadas pelo código de defesa do consumidor, fechando, assim, nosso tema de suma importância e relevância para o direito atual.

4.1 O Caráter Coercitivo das *Astreintes* Diante dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Em razão do seu caráter coercitivo, as *astreintes* são fixadas em valores suficientemente altos de modo que o devedor perceba ser mais vantajoso cumprir a obrigação imposta em ordem judicial a pagar a multa cominatória. Como visto, não há limites para a fixação do *quantum* da multa, ficando este a critério do juiz que deve avaliar as características da situação concreta para a sua fixação. Diante deste fato surge a seguinte questão: as *astreintes* devem ser submetidas a algum critério de limitação de seu valor ou esta medida afetaria sua capacidade coercitiva?

Percebe-se que na intenção de coagir o devedor a cumprir a obrigação, esta multa, por vezes, é fixada em quantia que vai muito além do valor da própria obrigação e em valores muito superiores à capacidade econômica do devedor. É certo, conforme anteriormente discutido, que a multa cominatória não deve estar adstrita ao valor da causa ou da obrigação, entretanto não parece sensato que ela seja fixada em patamares excessivamente elevados em relação à obrigação que se pretende resguardar.

Sendo assim, apesar de não haver limites legais para a estipulação do valor das *astreintes*, este não pode ser estipulado de forma totalmente aleatória, sua determinação deve estar abalizada de alguma maneira, e este regramento é dado pelos princípios jurídicos da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, o fato de estar limitada por tais princípios não implica em perda de seu caráter coercitivo. Com

feito, todos os atos praticados pelos juízes, não apenas a fixação de *astreintes*, devem ser abalizados pela razoabilidade e proporcionalidade, mesmo porque, diante de valores que fujam da conformidade com estes princípios, o pagamento da multa pode tornar-se impossível para o devedor .

É bom salientar que o escopo da multa é coagir o devedor ao cumprimento do comando judicial e não punir o réu acarretando o depauperamento de seu patrimônio, por esta razão, apesar de não haver limite para o quantum da multa, faz-se necessário ponderar a estipulação deste valor para que ele não se torne demasiadamente excessivo. Neste sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

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.¹¹⁹

Ainda nesta mesma linha de entendimento, Dinamarco¹²⁰ ao comentar sobre a falta de limitação legal para o valor das *astreintes* avalia que "isso não significa que o juiz tenha a mais ampla e irrestrita liberdade para fixar multas em valores estratosféricos, inteiramente destoantes da obrigação principal e talvez até acima da capacidade do próprio obrigado". Acrescenta ainda que o arbitramento do julgador deve ser direcionado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por fim, este eminente doutrinador conclui as multas devem ser dosadas energicamente "em valores capazes de incomodar o obrigado, motivando-o a adimplir, mas sem chegar ao ponto de produzir uma devastação em seu patrimônio".

Deste modo, mostra-se necessário esclarecer o significado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e sua aplicação ao tema em foco.

O princípio da razoabilidade está relacionado à idéia de equilíbrio, moderação. É um meio de controlar os excessos, tendo em vista que a aplicação das *astreintes* não pode ser fonte de injustiça para nenhuma das partes. Deve-se, portanto, avaliar o fim pretendido, as características das partes envolvidas e a

¹¹⁹ Acórdão: REsp 770.753/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.02.2007, DJ 15.03.2007 p. 267

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit., p.470 Nota 53.

medida coercitiva adotada, havendo um equilíbrio entre eles, ou seja, a busca da razoabilidade.

Ou seja, o valor da multa infringe o princípio da razoabilidade não quando é fixado em valores superiores ao da obrigação, mas quando ele extrapola o limite que já se mostra suficiente para constranger o réu a atender a ordem judicial.

Além da razoabilidade, o outro princípio a ser observado na fixação das *astreintes* é o da proporcionalidade. Segundo Freitas, "proporcionalidade significa sacrificar o mínimo para se preservar o máximo de direitos".¹²¹ Este princípio da proporcionalidade comumente é dividido pela doutrina em três subprincípios, a saber: o da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação refere-se à compatibilidade entre o fim pretendido e os meios utilizados para alcançá-lo. Deste modo, quanto à aplicação das *astreintes*, o juiz deve analisar se a fixação da multa terá capacidade de coagir o réu a cumprir a ordem judicial. Com base neste entendimento, caso o réu seja desprovido de patrimônio ou impossível o cumprimento da obrigação, a determinação da multa mostra-se inadequada, visto que é inapta para coagir o devedor. Por esta mesma razão, a multa não deve ser fixada em valor irrisório, posto que não atenderá à função coercitiva.

Como salienta Rizzo Amaral, a aplicação das *astreintes* pode ser adequada, mas não necessária. O princípio da necessidade traduz a idéia de que entre duas opções possíveis para se atingir o mesmo fim, deve-se escolher o que seja menos gravosa ao devedor.¹²²

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito corresponde a um "sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir outro."¹²³ Deste modo, é preciso fazer uma ponderação entre o meios empregados e os fins pretendidos. Pois, parece ser este o objetivo do legislador ao estabelecer no §4º do art. 461 do Código de Processo Civil que a multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação, ou seja, adequar a aplicação e o quantum das *astreintes* ao fim pretendido com determinação desta medida.

Sendo assim, o juiz, diante da necessidade de coagir o devedor ao cumprimento de ordem judicial, possui a faculdade de aplicar multa de caráter

¹²¹ FREITAS, Juarez. *apud* AMARAL, Guilherme Rizzo. Op.cit., p.104 Nota 27

¹²² AMARAL, Guilherme Rizzo. Op.cit., p.105.Nota 27

¹²³ *Idem, ibidem* p.105.

coercitivo na intenção de constranger o réu a atender o comando prescrito. Esta multa, comumente é assinalada em valores altos, que geralmente se tornam maiores que o da obrigação a ser cumprida, a fim de forçar a satisfação desta última. A quantia a ser fixada, por sua vez, não está adstrita a qualquer limitação legal, estando ao livre critério de valoração do julgador, que deve ser orientado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos aspectos acima mencionados.

Assim, a guisa de conclusão, assevera-se que não há aqui a defesa da fixação de multa em valores irrisórios, mas razoáveis, que possam coagir o devedor sem levá-lo à ruína patrimonial, porquanto, a limitação do valor das *astreintes* deve se dar em função dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4.2 Da Necessidade de Redução Judicial das *Astreintes* e a Previsão do §6º do Artigo 461 do CPC.

Como visto, não há limites para determinação do valor das *astreintes*. Deste modo, a multa pode atingir patamares infinitamente superiores à capacidade econômica do devedor, podendo inclusive, leva-lo à falência patrimonial. Ademais, há situações nas quais, apesar da cominação da multa, a ordem judicial continua sendo descumprida, o réu permanece inadimplente com sua obrigação e não demonstra condições financeiras de suportar a multa.

Em razão destas circunstâncias, mostra-se necessário a redução do *quantum* da multa a limites razoáveis sempre que ela tornar-se excessiva. Sendo assim, diante deste fato, o legislador, na segunda onda de reformas do Código de Processo Civil, por meio da Lei 10.444/2002, introduziu o §6º ao artigo 461 o qual passa a prever a possibilidade de judicial das *astreintes*, dispõe que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.¹²⁴

Deste modo, ante o citado artigo, percebe-se clara a possibilidade de redução da multa, contudo, quais as circunstâncias no caso concreto que autorizam esta redução ainda é fonte de dúvidas e incertezas entre os operadores do direito, talvez

¹²⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

porque a doutrina pouco tenha se debruçado sobre o tema, ficando a solução das divergências, em sua maior parte, a cargo das decisões jurisprudenciais.

O valor das *astreintes* pode ser alterado a qualquer tempo pelo magistrado caso verifique estar modificada a situação que levou a sua aplicação. Este entendimento já está pacificado na jurisprudência. Neste sentido, a seguinte decisão do STJ:

PROCESSO CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - ASTREINTES - ALTERAÇÃO DO VALOR - EXECUÇÃO - COISA JULGADA - ART. 461, § 6º, CPC, POSSIBILIDADE.

- O valor das astreintes pode ser alterado a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada a multa.¹²⁵

Segundo Dinamarco¹²⁶, sempre que houver um fato novo capaz de alterar a situação existente no momento em que foi imposta a multa, no decorrer da execução, deve ser feita a sua adequação às particularidades do caso e do comportamento do obrigado. Contudo, acrescenta-se a observação que agora, com a reforma do CPC, esta execução deve ser entendida como continuação do processo de conhecimento, posto que não mais existe o processo de execução de sentença. Nestes termos, a multa pode ser alterada a qualquer momento no curso do processo.

Todavia, a necessidade de redução das *astreintes* não se verifica apenas nos casos em que há, no decorrer do processo, alguma alteração das circunstâncias que a em que ela foi cominada. Há outras situações que demandam este procedimento, por exemplo, possibilitar o seu pagamento pelo devedor, quando ela atinge valores demasiadamente altos para sua capacidade econômica ou mesmo evitar o enriquecimento sem causa do credor. Ou seja, é importante frisar que não apenas o valor cominado da decisão judicial para cada unidade de tempo de atraso em seu cumprimento é passível de redução, mas também o montante final atingido pela multa (depois de ultrapassado o termo *a quo*). Este último caso parece ser o mais polêmico.

Suponha-se então o seguinte caso: em sentença que determina uma obrigação de fazer em benefício do credor, foi determinado prazo para cumprimento da ordem judicial e fixada multa por dia de atraso. Não obstante, o devedor não

¹²⁵ Acórdão: REsp 705.914/RN, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 378

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op cit., p.473 Nota 53.

atendeu a ordem judicial, o que ensejou a incidência das *astreintes*. Contudo, transcorrido um período considerável de tempo, obrigado não cumpriu a obrigação e o valor da multa no momento em que se torna exigível para o credor encontra-se em valor impagável para o devedor. Em situações deste tipo, o que deve fazer o julgador? Exigir a soma final da multa e levar o réu a esgotar todo o seu patrimônio ou reduzi-la a valores que possam ser pagos por ele sem, contudo, levá-lo a ruína econômica?

A atitude mais razoável, neste caso, seria a redução das *astreintes*. Ademais, saliente-se que nesta situação a multa já perdeu seu caráter coercitivo, posto que já não possui mais o condão de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação. Nestas circunstâncias, quanto mais o valor da multa aumenta, mais resta distante a possibilidade de seu pagamento. Assim, a medida coercitiva tornar-se-á tão ineficaz quanto a ordem judicial para cumprimento da obrigação principal.

Acrescente-se ainda, que as *astreintes* não possuem caráter compensatório ou ressarcitório. Para este fim existe a indenização por perdas e danos, que pode ser aplicada concomitante com a multa coercitiva, conforme disposição do §2º do art.461. Contudo, é evidente que se mesmo com o emprego da multa a obrigação não for cumprida, o valor devido a título de *astreintes* adere às perdas e danos, assumindo um caráter indenizatório, embora, ressalte-se, ambas possuem natureza e funções distintas.

Há ainda outra questão importante a ser discutida quanto à redução judicial das *astreinte*. Em razão da falta de previsão legal acerca do beneficiário da multa, a doutrina e a jurisprudência convencionaram que ela deveria ser convertida em favor do credor. Deste modo, diante da oportunidade de receber prestação pecuniária em valor muito superior ao do objeto da obrigação pleiteada, o credor pode vir a preferir o inadimplemento da obrigação a fim de perceber o quantum da multa cominatória, o que geraria um completo desvirtuamento do instituto das *astreintes*.

Deste modo, quanto ao credor, a excessividade da multa pode causar dois problemas que merecem a preocupação dos doutrinadores e dos juízes. O primeiro refere-se a possibilidade do demandante preferir que seu direito continue sendo descumprido pelo demandado tendo em vista o recebimento do quantum da multa coercitiva. O segundo, imputa a oportunidade de enriquecimento sem causa pelo autor, que pode beneficiar-se em demasia com a multa paga pelo réu.

Neste aspecto, quanto ao enriquecimento sem causa, combatido com veemência pela legislação e principalmente pela doutrina civilista, muitas vezes é confundido com o enriquecimento ilícito, sendo por vezes considerados como sinônimos. Contudo, há uma diferença entre estas denominações, a qual, para fins deste estudo, mostra-se fundamental. O enriquecimento ilícito é aquele obtido em ato contrário ao direito ou sem fundamento legal que o justifique. O enriquecimento sem causa, por sua vez, configura uma situação não necessariamente ilegal, mas abusiva, na qual alguém aumenta seu patrimônio à custa do patrimônio de outrem. É exatamente este o caso a ser tratado no presente momento. Assim, não podemos falar na possibilidade de enriquecimento ilícito do credor em decorrência das *astreintes*, posto que esta situação não é ilegal, não está de encontro a lei. Por isso, é mais conveniente falar-se em enriquecimento sem causa em razão das *astreintes*, o que demonstra o acréscimo patrimonial injustificado em favor do credor do credor.

Alguns autores afirmam que a imposição das *astreintes* não poderia acarretar enriquecimento sem causa desde que justifique seu caráter repressivo, visando impor ao devedor o cumprimento da obrigação.¹²⁷, entretanto, a doutrina majoritária admite sua possibilidade e sendo o termo admitido inclusive pelo STJ

Neste sentido, em decisão recente proferida no STJ, o Ministro César Asfor Rocha, no julgamento do Resp. 793491/RN destacou que a finalidade da multa é forçar o devedor a cumprir a obrigação e, deste modo, a punição não pode ser mais desejável ao credor do que o cumprimento da ordem, por possibilitar o enriquecimento sem causa. Assim dispõe a ementa do acórdão proferido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. EXCESSO. REDUÇÃO.

A multa pelo descumprimento de decisão judicial não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis.¹²⁸

O Ministro relator do processo¹²⁹, em seu voto considerou excessiva a multa aplicada ao devedor e a reduziu do montante de R\$ 1.817.116,87 (um milhão,

¹²⁷ CASTRO, Amílcar de. Apud CARVALHO, Fabiano. *Execução da multa prevista (astreintes) no art. 461 do código de processo civil*. Disponível em:

<http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=61&id>

¹²⁸ Acórdão: REsp 793491/RN, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26.09.2006, DJ 06.11.2006 p. 337

oitocentos e dezessete mil, cento e dezesseis reais e oitenta e sete centavos) para R\$ 5.000 (cinco mil reais). Segundo consta no relatório, a multa foi aplicada para que a parte ré, seguradora de veículos, promovesse o desembaraço administrativo do veículo do autor, que teve perda total, junto ao Departamento Estadual de Trânsito local (Detran/RN). O custo da operação era de R\$ 574,06 (quinhentos e setenta e quatro reais e seis centavos). O juiz da primeira instância determinou, em tutela antecipada, que a ré promovesse o referido desembaraço administrativo e fixou *astreintes* no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial. Posteriormente, em razão da recalcitrância da empresa devedora, a multa foi aumentada para 1.000,00 (um mil reais).

Diante dos fatos, entendeu o Ministro que houve um desvirtuamento da cominação, que não pode ser aplicada “de forma desmesurada, atingindo patamar milionário, sob pena de gerar enriquecimento sem causa e ferir a lógica do razoável”. Nestes termos, considerou também que a multa “não pode chegar a se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da pretensão principal.”¹³⁰

Neste caso, após ser reduzida, a multa cominatória permaneceu consideravelmente alta (R\$ 5.000,00) em relação ao valor da obrigação principal (R\$ 574,06), mas deixou de ser exorbitante (R\$ 1.817.116,87), sendo reduzida, portanto, a valores razoáveis, que impedem a ruína patrimonial do devedor e o enriquecimento sem causa do credor.

A multa existe para proporcionar àquele que tem direito, a tutela específica do bem desejado. Ora, se a execução da multa passa a ser bem mais atraente ao credor que o cumprimento da obrigação que pleiteia em juízo, isto significa que ele irá desejar que o devedor permaneça a desrespeitar o seu o seu direito, a fim de obter *quantum debeatur* das *astreintes*, o que seria uma aberração jurídica, representando um completo desvirtuamento do instituto.

Ressalte-se ainda que a redução das *astreintes* pode ocorrer tanto no valor cominado para a multa, que neste caso pode ocorrer no curso de processo, como também em relação ao seu montante final, ao fim da demanda.

Ademais, acrescente-se um grande problema que torna ainda mais fundamental a possibilidade de redução judicial das *astreintes*. A questão reside no

¹²⁹ Acórdão: REsp 793491/RN, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26.09.2006, DJ 06.11.2006 p. 337

¹³⁰ Acórdão: REsp 793491/RN, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26.09.2006, DJ 06.11.2006 p. 337

fato de que é o autor o responsável pelo início da execução da multa. Deste modo, ele pode retardar injustificadamente esta cobrança a fim de provocar um maior acúmulo dos valores devidos. Percebendo este fato, o magistrado deve proceder à redução para que ela atinja valores razoáveis.

Assim, em razão do exposto, mostra-se não só a evidencia da possibilidade de redução judicial das *astreintes*, como também sua necessidade, em algumas situações, para garantir a prestação de uma tutela jurisdicional justa, sem causar prejuízos desnecessários. Saliente-se, contudo, que apesar do juiz poder reduzir o montante derivado da incidência da multa, este fato não deve ser considerado como regra. A redução só deve ser procedida diante de situações excepcionais, diante das circunstâncias realmente absurdas, caso contrário, o instituto das *astreintes* poderá entrar em descrédito, posto que sua força “restará sempre questionável ante a possibilidade de redução ou até mesmo de supressão do crédito dela oriundo”.¹³¹

4.3 Do Beneficiário da Multa

É cediço na doutrina e na jurisprudência que o sujeito passivo da multa é o devedor, o réu. Contudo, em relação ao seu destinatário, se o autor ou o Estado, a questão ainda é objeto de muitas discussões doutrinárias, não só no Brasil, mas em outros países em que o instituto das *astreintes* encontra correspondência.

O Código de Processo Civil Pátrio não especifica quem é o destinatário da multa, assim, esta omissão legislativa foi remediada pela jurisprudência, que considerou o autor como o credor das *astreintes*. Esta solução fora a mesma adotada pela legislação francesa, que segundo Guerra, “manteve na disciplina dada à *astreinte*, o seu caráter privado, isto é, de uma sanção pecuniária que reverte em benefício do credor a não do Estado”¹³²

A doutrina diverge sobre o tema. Maninoni¹³³ afirma que a multa é elemento de exercício de poder do Estado e assim, “mesmo que tenha por fim tutelar o direito do autor, visa, precipuamente, a garantir a efetividade das decisões judiciais”. Dessa forma, acrescenta que o fato do §2º do art.461 autorizar o acúmulo da multa coercitiva com as perdas e danos não demonstra o direito do autor a ser beneficiário

¹³¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op.cit., p.229. Nota 27

¹³² GUERRA, Marcelo Lima, *apud* CARVALHO, Fabiano. Op. cit.. Nota 131

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit., p. 218. Nota 18

das *astreintes*. Assim, caso o direito pleiteado e que deveria ser observado pelo réu seja de conteúdo patrimonial, o prejuízo do autor pelo não cumprimento da obrigação é ressarcido pelas perdas e danos. Por outro lado, caso o direito seja não-patrimonial, "não é o valor da multa que será capaz de remediar alguma coisa". Ou seja, considera o referido autor que se indenização não é suficiente para a tutela desses direitos, "não será o valor da multa que compensará adequadamente o valor da lesão sofrida".

Conforme já observado, a função da multa é apenas coercitiva, ou seja, deve pressionar o réu a cumprir a ordem judicial, não tem função indenizatória, por esta razão, não parece lógico que ela seja revertida ao patrimônio do autor. Neste sentido, "a multa não se destina a dar ao autor um *plus* indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional".¹³⁴ No mesmo sentido, Guerra acrescenta não ter o credor, em princípio, "direito a receber nenhuma quantia em dinheiro em razão direta do inadimplemento do devedor que não seja aquela correspondente às perdas e danos".¹³⁵

Então, é interessante destacar a observação de Spadoni o qual considera a imposição das *astreintes* uma medida de direito público que tem por fim assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes. Assim, por ter um caráter eminentemente processual, o referido autor afirma não vislumbrar qualquer fundamento lógico que justifique a parte contrária a receber a importância decorrente da aplicação da multa.¹³⁶

A doutrina contrária que entende ser direito do autor o crédito resultante das *astreintes*, fixa seu posicionamento no fato que sua execução dá-se por iniciativa deste. Assim, se o beneficiário da multa fosse o Estado, caberia ao juiz executar e liquidar a multa cominatória¹³⁷.

Em contraposição ao argumento de que a multa possui caráter público em razão de sua finalidade de assegurar as decisões judiciais, Amaral¹³⁸ destaca que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de medida executiva própria para este objetivo, qual seja, o artigo 14 do Código de Processo Civil. Defende então que no Brasil, a exemplo da França, as *astreintes* possuem caráter patrimonial, ou seja,

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit., p.219 Nota 18

¹³⁵ GUERRA, Marcelo Lima apud CARVALHO, Fabiano. Op. cit., Nota 131

¹³⁶ SPADONI, Joaquim Felipe apud AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 197 Nota 27

¹³⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op cit., p.68 Nota 27

¹³⁸ *Idem ibidem* p.68-70

revertem-se em favor do próprio credor da obrigação reconhecida na condenação principal.

Ambas as correntes doutrinárias apresentam argumentos valorosos para os seus posicionamentos. Entretanto, diante da realidade fática, melhor seria se a multa fosse convertida em favor do Estado. Deste modo, evitar-se-ia o enriquecimento sem causa pelo credor, além de evitar que ele fosse desidioso em exigir o cumprimento da tutela específica por preferir o valor total resultante da incidência da multa a ver adimplida a obrigação pelo réu.. Neste sentido, dispõe o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Sendo o processo instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.¹³⁹

Assim, mais interessante seria que os valores da multa pudessem ser revertidas para o Estado ou algum fundo público, talvez até para instituições públicas ou entidades sem fins lucrativos, a exemplo de orfanatos, abrigos de idosos, hospitais, ou quaisquer outras atividades dedicadas a causas de relevante valor social.

4.4 Limites da Coisa Julgada em Relação à Possibilidade de Redução Judicial da Multa Cominatória

O Estado-juiz, ao aplicar a vontade da lei ao caso concreto, realiza os escopos de sua atividade jurisdicional. Contudo, além da resposta à situação de conflito posta ao seu crivo, é necessário que o Estado garanta a estabilidade de suas decisões como forma de manter a segurança jurídica. Por esta razão, foi criado o instituto da coisa julgada.

Por não ser o objetivo deste trabalho discorrer sobre o tema específico da coisa julgada, será adotado um conceito fundamental, ainda um pouco impreciso, mas que transmite a idéia principal do que se pretende estudar. Sendo assim, pode-

¹³⁹ Acórdão: REsp 422.966/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23.09.2003, DJ 01.03.2004 p. 186

se definir coisa julgada como "a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior".¹⁴⁰ A idéia fundamental, portanto, que permeia o este instituto é a forte estabilidade, a rigidez da situação jurídica obtida pelas partes ao final do processo. Isto significa que em determinado momento, o Estado afirma que a decisão posta ao final do processo, não mais poderá ser alterada, tornando a questão indiscutível, seja no mesmo processo, ou em processos posteriores.

Deste modo, considerando-se a imutabilidade da decisão judicial como elemento básico da coisa julgada, a redução do valor da multa implica em ofensa a este instituto? Como salienta Maninoni¹⁴¹, a coisa julgada decorre da imutabilidade da declaração judicial, assim, para que ela possa ocorrer, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Neste sentido, Tereza Wambier questiona "se a coisa julgada atinge apenas a declaração de existência ou inexistência de um direito ou se manifesta também em relação à definição das medidas executivas que devem ser realizadas, caso a caso".¹⁴²

As sentenças que impõem a obrigação de fazer, não fazer ou dar, sob pena de multa coercitiva, declaram a existência do direito pleiteado. Neste sentido, as *astreintes*, como medidas executivas, têm por finalidade a realização do direito declarado, não ocorrendo sobre elas o instituto da coisa julgada. Segundo Tereza Wambier, em relação a este tipo de ação é importante "visualizar o fenômeno da coisa julgada relacionada a sentença que declara o direito separadamente dos atos executivos que realizarão o direito eventualmente reconhecido."¹⁴³

Em meio ao tema, não se pode olvidar que a *astreinte* é medida executiva, por isso tem caráter apenas instrumental, não constitui fim em si mesma. É claro que ela passa a ser desejável pelo credor, mas seu objetivo é satisfazer a pretensão do Estado, ou seja, garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Tanto é assim, que juiz, percebendo que a ordem judicial fixada na sentença não está atingindo o fim desejado, pode a substituir por outras medidas executivas, a exemplo daquelas dispostas no §5º do art. 461 do Código de Processo Civil. Diante do exposto, conclui-se que os créditos resultantes da aplicação das *astreintes* não integram a

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.610. Nota 3

¹⁴¹ *Idem, ibidem* p.614

¹⁴² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.145

¹⁴³ *Idem, ibidem*. p.150.

lide propriamente dita, portanto, não estão sujeitos às questões relativas à coisa julgada.

Além da doutrina, as decisões jurisprudências também interpretam que as *astreintes* não estão sujeitas à coisa julgada e que por isso, seu valor pode ser alterado á critério do julgador. É o que dispõe o julgado abaixo transcrito, que considera a multa cominatória como questão incidental decidida no processo, e que por esta razão, não faria coisa julgada. Observe-se:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMORA NA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ART. 461, CPC. MODIFICAÇÃO DO VALOR DA MULTA.

[]

2. Considerando-se o previsto no artigo 461, §6º do Código de Processo Civil, que preleciona que "o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva", está o dispositivo legal a outorgar, ao Magistrado, maior campo de atuação, uma vez tratar-se a referida multa de questão incidental decidida no processo e que, portanto, não faz coisa julgada, nos termos do art. 469, III, da Lei Adjetiva.

3. O objetivo das *astreintes* é o cumprimento da obrigação outrora determinada. A multa é apenas inibitória, fazendo com que o réu desista do descumprimento da obrigação específica.¹⁴⁴

[]

Percebe-se que é pacífico o entendimento que a multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva, posto que a determinação de seu valor da não faz coisa julgada material. Saliente-se, ainda, que há decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que considera ser possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, não a alteração, mas a fixação das *astreintes* em caso de descumprimento de obrigação determinada em sentença mesmo depois desta transitar em julgado.¹⁴⁵

Deste modo, conclui-se que, como não integram o julgado, as *astreintes* podem ser modificadas a qualquer tempo sem que recaiam sobre elas os limites aplicados à coisa julgada. Ademais, ao estabelecer a possibilidade de alteração do valor da multa de ofício pelo juiz, nos termos do §6º do art.461, o legislador

¹⁴⁴ Tribunal Regional Federal. Terceira Região. AG 217895/SP, Relator Juiz Walter do Amaral. Sétima turma DJU 09/06/2005, p.338

¹⁴⁵ AC 98667/CE. Relator Desembargador Francisco Wildo. Primeira Turma.DJ 07/04/2006, p.1062 nº68.

estabeleceu a matéria entre os assuntos de ordem pública, o que permite que ela seja conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

4.5 Possibilidade de Redução das *Astreintes* nas Relações Jurídicas Disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor

Como visto, o art.461 do Código de Processo Civil, o qual traz em seus dispositivos a previsão para a aplicação de multa cominatória nas obrigações de fazer e não fazer, praticamente, é uma cópia literal do art.84 do Código de Defesa do Consumidor. Acontece que o parágrafo do §6º do art. 461 do CPC que prevê a possibilidade de redução judicial das *astreintes* não possui correspondente na legislação que disciplina as relações de consumo.

Esta aparente lacuna no Código de defesa do Consumidor reside no fato de que a lei que introduziu a previsão judicial da multa por tempo de atraso nas relações de fazer, não fazer e de entregar (§6º, art.461), foi introduzida em nosso ordenamento jurídico apenas em 2002 por meio da Lei nº 10.444/02 que reformou o Código de Processo Civil, portanto, em momento bem posterior à elaboração do CDC, o qual data de 1990.

Todavia, apesar do CDC não ter previsto a redução da multa cominatória, não há óbice à aplicação deste dispositivo às lides nas relações de consumo. Perceba-se que nas regras de interpretação, a lei de natureza geral é aplicada sempre que a norma que caráter específico abster-se de legislar sobre determinada matéria. Deste modo, a norma geral (no caso discutido, o CPC) fica derogada pela específica (no caso, o CDC) apenas naquilo em que esta possuir regulação expressa. Porém, não possuindo a norma especial regulação total da matéria, de regra, aplica-se, subsidiariamente as normas gerais naquilo que não for incompatível, de forma a evitar lacunas na regulamentação da questão.

Então, aplica-se subsidiariamente o art. 461, §6º, do CPC, para regular a questão da alteração do quantum das *astrientes* fixados com base no art. 84, do CDC, já que a legislação consumerista é silente e não há qualquer vedação legal para aplicá-la ao caso. Ao contrário, tratando o CPC de regra geral, sua aplicação mostra-se obrigatória, posto que a questão debatida é omissa no CDC.

Também, há na doutrina, o entendimento de que as *astreintes* nas lides de relações de consumo, podem ser alteradas sem que isto viole a coisa julgada, pois, tal como no CPC, a multa tem caráter eminentemente processual e tem por fim a coação do devedor, isto é, forçá-lo a cumprir a decisão judicial. Logo, aplica-se o mesmo entendimento das normas processuais civis, onde o quantum não integra o julgado, podendo ser alterado a qualquer tempo, devendo-se observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a questionar e a debater a possibilidade de redução judicial das *astreintes*. Para alcançar este fim, inicialmente foram analisadas as circunstâncias que ensejaram o surgimento do instituto, qual seja, a necessidade identificada pela doutrina e pelo legislador da criação de mecanismos aptos a prestar efetividade dos provimentos jurisdicionais. Posteriormente, neste estudo, foram abordados os aspectos gerais relacionados às *astreintes* e por fim, discutidos os aspectos relacionados à possibilidade de sua redução.

Analisou-se neste trabalho a importância desta multa como um instrumento do qual faz uso o Estado-juiz para prestação da tutela jurisdicional específica a que faz *jus* o credor em razão da constatação de que a mera indenização por perdas e danos não satisfazia o seu interesse. Deste modo, percebeu-se que diante de obrigações de fazer personalíssimas e de não fazer era imprescindível o uso de medidas coercitivas para obrigar o devedor a atender preceito judicial que reconhecia estas obrigações como devidas e determinava o seu cumprimento, posto que, por dependerem de ato próprio do devedor (ação ou omissão), não havia outra maneira eficaz de coagi-lo a atender a ordem imposta. Contudo apesar de possuir fundamental importância para a efetividade das obrigações anteriormente citadas, este instituto, como visto, pode ser aplicado para forçar o cumprimento de qualquer obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, visto que o Código de Processo Civil não fez qualquer restrição sobre o tema.

Observou-se que a natureza das *astreintes* é coercitiva. Sua função é apenas forçar o devedor ao cumprimento de ordem judicial. Deste modo, não possui caráter indenizatório ou ressarcitório, ou seja, não objetiva compensar o credor por qualquer dano sofrido com o atraso ou o não cumprimento da obrigação. Para este fim existe

a indenização por perdas e danos que com ela pode ser cumulada. Contudo não se nega que as *astreintes* possuam caráter patrimonial, vez que em caso de inobservância do preceito judicial, sua soma é revertida em favor do credor, contudo esta característica é secundária, apenas realizando-se no caso de sua ineficácia.

Quanto ao sujeito da multa, é claro na norma do CPC que ela deve ser aplicada em face do réu. Entretanto, trava-se polêmica quando o réu é pessoa jurídica de direito público, posto que o dano recairá sobre o erário. Em meio a esta questão, apesar do abalizado entendimento que os órgãos estatais não devem se escusar da obrigação de cumprir com presteza as ordens judiciais e que não há dispositivos legais que obstem a aplicação das *astreintes* neste caso, além também da constatação de que esta possibilidade é plenamente admitida pelos tribunais, questiona-se a eficácia da multa cominatória aplicada nestes casos vez que não é sobre o agente que deu causa ao descumprimento da ordem que irá recair o dano, mas sim sobre a Fazenda Pública, e deste modo o prejuízo é distribuído com toda sociedade. Contudo, não se vislumbra melhor solução para este problema, pois, ao mesmo tempo em que se constata a necessidade de aplicação de meios coercitivos para o cumprimento das decisões judiciais, questiona-se o seu efetivo poder de coerção.

O valor nominal da multa, determinado no momento de sua fixação não sofre qualquer restrição legal. Contudo, concluiu-se que, apesar deste fato, as *astreintes* devem ser fixadas em razão da capacidade econômica do devedor, de modo que não sejam nem insuficientes, a ponto de mostrarem-se sem capacidade de coagi-lo, nem excessivas, de modo que por ele não possam ser suportadas. Desta feita, demonstrou-se a necessidade da observância pelo julgador dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao determinar o valor da multa em sentença ou em decisão interlocutória.

Entretanto, se a multa for fixada em valor insuficiente ou excessivo, o juiz pode, a qualquer tempo, aumentá-la ou reduzi-la, conforme preceitua o §6º do art. 461. Contudo, neste estudo foi dada ênfase à hipótese de redução por ser esta que enseja maiores problemas de ordem prática. A presente multa, em razão de seu caráter coercitivo, deve ser estabelecida em valores altos de modo que o devedor não cogite a possibilidade de pagá-la e continuar descumprindo a ordem judicial. Todavia, em alguns casos este comando não é observado, o que enseja ao credor a possibilidade iniciar a execução da multa. Neste contexto, verificou-se que há casos

em que, quando fixada em valores muito elevados, as *astreintes* podem causar o esgotamento patrimonial do devedor e também o enriquecimento sem causa do credor. Em ambas as situações o ideal de justiça não é alcançado.

Deste modo, defende-se a redução judicial das *astreintes*, não apenas em relação à importância fixada para cada unidade de tempo de atraso no cumprimento da ordem judicial, como também do seu *quantum* final, em fase de execução, sempre que esta atingir patamares manifestamente excessivos. Neste ponto vale salientar que não é qualquer tipo de excessividade que deve ser objeto de redução, mas somente aquelas que extrapolam o limite do razoável para criar-se uma real ameaça ao patrimônio do devedor.

Como visto, essa redução pode acontecer a qualquer tempo no processo posto que não configura coisa julgada, por ser medida judicial, de caráter essencialmente processual, não integrando, deste modo, o conteúdo do julgado.

Constatou-se também que a possibilidade de alteração das *astreintes* também se aplica as relações de consumo. Embora esta previsão não conste no CDC, por ser o Código de Processo Civil norma de caráter geral, ela supre as lacunas deixadas pela lei específica.

Conclui-se destacando a importância deste trabalho devido à importância prática do tema e em razão dos poucos estudos ainda existentes nesta seara. Salienta-se ainda que o delineamento do instituto das *astreintes* no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é recente. Por esse motivo, ele tem passado por tantas alterações legislativas e, conforme percebido ao longo desta monografia, este assunto ainda é fonte de muitas discussões doutrinárias e jurisprudências, o que nos faz perceber que este instituto é remediável e de pouca eficácia, quando na verdade, deveria ser sumariamente cumprido. Provavelmente, em breve, apareçam novas alterações no Código de Processo Civil no intuito de apaziguar controvérsias como por exemplo, sobre o destinatário da multa, se o credor ou o Estado, se a multa pode ser exigida antes do trânsito em julgado da decisão, etc..

Por fim, ressalta-se a importância do instituto das *astreintes* na efetivação das decisões judiciais, atentando-se, contudo para os excessos, no intuito de não se promover o desvirtuamento do instituto. Neste sentido, mostra-se de fundamental importância o papel do magistrado, o qual deve utilizar o bom senso com a finalidade de coibir abusos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do art. 461 e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003
- BARROS, Hélio José Cavalcanti. *Comentário às alterações do CPC*: leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros Editores, 2006
- BRASIL, Deilton Ribeiro. *Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Lições de direito processual civil*. V. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Fabiano. *Execução da multa prevista (astreintes) no art. 461 do código de processo civil*. Disponível em:
<http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=61&id>
Acesso em 19 nov 2006.
- CARVALHO JÚNIOR, Odilair. Tutela específica dos deveres de fazer e não fazer . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7110>>. Acesso em: 20 nov 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 2.. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. *Revista da Ajuris*, nº 76, ano XXVI, dezembro de 1999

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998.

MAIA, Daniel Netto. Da exigibilidade da multa prevista no art. 461, §4º, do CPC. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 895, 15 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7659>>. Acesso em: 20 nov 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/29.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

_____. Tutela específica. arts.461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. V.3. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS JÚNIOR, Ivano José Genoíno. WANDERLEY, Viviane Soares. O real alcance das astreintes como meio de coerção e sua efetividade na prestação jurisdicional. *Boletim Jurídico*. Uberaba/MG a, 5 n 216. Disponível em <http://www.juristas.com.br/mod_espaco_aberto.asp?t=277&p=2> Acesso em 5 abr. 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

PRATA, Edson. As astreintes no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, 1980. v.2.

PISCO, Claudia de Abreu Lima. Novas técnicas processuais para uma tutela mais adequada e efetiva dos direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 856, 6 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7540>>. Acesso em: 08 março 2007.

RIBEIRO, Kepler Gomes. A técnica da tutela inibitória e a efetividade da prestação jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6,

n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3316>>. Acesso em: 21 nov 2007.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva latu sensu*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. V.2 . 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: *Processo de execução*. Sergio Shimura, Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.36, 2001

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

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003