

NEWTON COCA BASTOS MARZAGÃO

A MULTA (*ASTREINTES*) NA TUTELA ESPECÍFICA

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Titular José Rogério
Cruz e Tucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2013

NEWTON COCA BASTOS MARZAGÃO

A MULTA (*ASTREINTES*) NA TUTELA ESPECÍFICA

Dissertação apresentada para obtenção do
título de Mestre em Direito

Área de concentração: Direito Processual
Orientador: Professor Titular José Rogério
Cruz e Tucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Newton Coca Bastos Marzagão

A multa (*astreintes*) na tutela específica

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito
Área de concentração: Direito Processual

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

A Deus, pela companhia nas repetidas madrugadas de estudo e por fazer tudo possível;
à minha querida Karina, maior incentivadora deste projeto, por todo apoio dado antes e
durante o curso de pós-graduação, pelos instigantes e profícuos debates jurídicos - que
tanto contribuíram para o resultado final deste trabalho - e pela carinhosa, dedicada e
imprescindível revisão final desta dissertação;
à minha mãe Elenice - com sincera admiração, pelos ensinamentos de vida e pelo amor
incondicional partilhado;
ao meu pai Laerte, cultor da ciência jurídica, por todo esforço empreendido em prol da
minha formação;
ao meu irmão Bruno, pela preciosa amizade e por me escutar quando preciso ser ouvido.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci, pela oportunidade dada ao me aceitar como um de seus orientandos, pela disponibilidade e disposição em me auxiliar nessa empreitada e pelos valiosos ensinamentos acadêmicos e profissionais, transmitidos dentro e fora da sala de aula.

Aos Professores José Roberto do Santos Bedaque e Rodolfo de Camargo Mancuso, pelo direcionamento dado em meu exame de qualificação.

Ao Professor José Rubens de Moraes, pela amigável acolhida em minha chegada à Academia e pela imprescindível orientação em meus primeiros dias de pós-graduação.

Aos Professores Rodolfo de Camargo Mancuso e Milton Paulo de Carvalho, por terem emprestado a autoridade dos vossos nomes à minha banca.

Aos amigos que fiz na Academia durante os anos de Mestrado.

Aos meus colegas de escritório, principalmente aos membros da minha equipe, pela ajuda na reta final deste projeto.

RESUMO

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (*astreintes*) na tutela específica**. 2013. 260f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Ancorados no princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* e limitados pela completa ineficácia das ferramentas processuais disponibilizadas, nossos Tribunais vinham ofertando à parte prejudicada com o descumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa apenas o equivalente pecuniário da prestação inadimplida. A percepção de que a via indenizatória nem sempre repararia de forma integral os danos experimentados e a conscientização de que o uso de meio coercitivo indireto para o desempenho da obrigação anteriormente assumida não caracterizaria ofensa à liberdade individual (entre tantos outros fatores) fizeram com que esse quadro começasse a ser contestado. Atendendo a reivindicação da doutrina, o legislador empreendeu uma série de reformas no Código de Processo Civil, quebrando o paradigma: a tutela específica passou a ocupar o lugar de primazia que vinha sendo indevidamente ocupado pelo sucedâneo indenizatório. O presente estudo se dedica a examinar a principal ferramenta processual utilizada para a obtenção da tutela específica em juízo: as *astreintes*. São analisados, neste trabalho, os antecedentes históricos da tutela específica e dos meios de coerção nos sistemas romano e lusitano e no próprio direito pátrio bem como os institutos assemelhados à multa coercitiva brasileira no direito francês e anglo-saxão. Com base nessa retrospectiva histórica e tendo em conta os institutos do direito comparado, o estudo define a natureza, função e campo de incidência das *astreintes*. Após, abordam-se temas polêmicos em torno da aplicabilidade da multa coercitiva: possibilidade de cumulação com outras formas de coerções/sanções, periodicidade e valor inicial, termo *a quo* e *ad quem*, existência ou não de limitação legal ou principiológica para o montante final, a possibilidade da alteração de seu valor e a questão do enriquecimento sem causa do credor. Por fim, é tratada a execução da multa coercitiva. Tudo para demonstrar que, a despeito da falta de regramento detalhado e das várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais que daí advém, as *astreintes* se mostram como a mais efetiva ferramenta para a obtenção da tutela específica em juízo - tendência do processo civil contemporâneo.

Palavras-chave: Tutela específica. Obrigações de fazer, não fazer e dar/entregar. *Astreintes*. Multa coercitiva.

ABSTRACT

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **Fine (*astreintes*) in the specific performance's claim.** 2013. 260f. Dissertation (Master) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Based on the principle of *nemo ad factum praecise cogi potest* and restrained by the total inefficacy of the available procedural tools, our Courts have been granting to the party affected by an obligation of specific performance only the pecuniary equivalent of the defaulted service provision. Such scenario started to be challenged upon the perception that the indemnity path would not always fully repair the damages suffered and in view of the awareness that the use of an indirect coercive means for the previously undertaken obligation to be fulfilled would not qualify as offense to the individual freedom (among many other factors). In response to the doctrine's claims, the lawmaker made a number of amendments to the Code of Civil Procedure, overturning the paradigm: the specific relief was given the primacy that had been unduly given to the indemnity substitute. This paper examines the main procedural tool used to obtain the specific relief in court: the daily fines. This paper analyzes the historical precedents of the specific relief and the coercive means in the Roman and Portuguese system and in Brazilian law, as well as the institutions similar to the Brazilian coercive fine in the French and Anglo-Saxon laws. Based on such historical review and considering the institutions in comparative law, the study defines the nature, function and coverage of the daily fines. It further addresses controversial issues revolving around the applicability of the coercive fine: possibility of accumulation with other types of coercion / sanctions, periodicity and initial value, term *a quo* and *ad quem*, existence or not of limitation for the final amount, arising from law or principle, possibility of changing its value and the issue of creditor's enrichment without cause. Finally, this paper addresses the execution of the coercive fine. The aim is to show that, in spite of the fact that there is not a detailed ruling and that several doctrine and jurisprudence controversies arise from it, the daily fines are the most effective tool to obtain the specific relief in court - a trend in contemporaneous civil procedure.

Keywords: Specific performance claim. Specific relief. *Astreintes*. Coercive fine.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO - DA VALORIZAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.	11
II.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA TUTELA ESPECÍFICA E DA COERÇÃO COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE UMA DETERMINADA PRESTAÇÃO EM JUÍZO NOS SISTEMAS ROMANO E LUSITANO.	26
	1. - SISTEMA ROMANO.	27
	2. - SISTEMA LUSITANO.	33
II.I.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA TUTELA ESPECÍFICA E DA COERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E AS “RECENTES” ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PARA INCREMENTO DO INSTITUTO.	42
III.	AINDA SOBRE A VALORIZAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA - APROXIMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AO DIREITO MATERIAL (A QUESTÃO DA CLASSIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS).	53
IV.	MULTA COERCITIVA E INSTITUTOS ASSEMELHADOS NO DIREITO COMPARADO.	74
IV.I.	O <i>CONTEMPT OF COURT</i> DA <i>COMMON LAW</i>.	75
	1. - O SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i> .	75
	2. - O <i>CONTEMPT OF COURT</i> .	83
IV.II.	AS <i>ASTREINTES</i> DO DIREITO FRANCÊS.	93
	1. - ANOTAÇÕES HISTÓRICAS.	93
	2. - CARACTERÍSTICAS DAS <i>ASTREINTES</i> .	99

V.	NATUREZA, FUNÇÃO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA MULTA COERCITIVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.	114
	1. - <i>ASTREINTES</i> NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER.	116
	1.1. - OBRIGAÇÕES DE FAZER FUNGÍVEIS.	119
	1.2. - OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS.	122
	1.2.1. - OBRIGAÇÃO ARTÍSTICA/INTELECTUAL.	123
	1.2.2. - OBRIGAÇÃO DE PRESTAR DECLARAÇÃO.	137
	1.2.3. - OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS E MEDIDAS DO §5º DO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	139
	2. - <i>ASTREINTES</i> NAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER.	140
	3. - <i>ASTREINTES</i> NAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA.	142
	4. - <i>ASTREINTES</i> E OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA EXPRESSAS EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.	146
	5. - <i>ASTREINTES</i> E OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA.	148
	6. - <i>ASTREINTES</i> E FAZENDA PÚBLICA.	154
V.I.	POSSIBILIDADE DE SE CUMULAREM SANÇÕES OU COERÇÕES.	159
	1. - <i>ASTREINTES</i> E CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.	159
	2. - <i>ASTREINTES</i> E ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.	169
VI.	CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA PERIODICIDADE E DO VALOR INICIAL DA MULTA.	174
	1. - PERIODICIDADE DA MULTA.	174
	2. - CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR INICIAL DA MULTA.	180
VII.	TERMO A QUO E AD QUEM DA MULTA - EXISTE LIMITAÇÃO LEGAL OU PRINCIPIOLÓGICA PARA O MONTANTE FINAL DA MEDIDA COERCITIVA?	187

1. - O TERMO A <i>QUO</i> .	187
2. - O TERMO <i>AD QUEM</i> .	199
3. - EXISTE LIMITAÇÃO LEGAL OU PRINCÍPIOLÓGICA PARA O MONTANTE FINAL DA MULTA QUE INCIDE PERIODICAMENTE?	204
VI.II. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR DAS ASTREINTES - A QUESTÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO DEMANDANTE, DA TITULARIDADE DA MULTA E DA REDUÇÃO DO CRÉDITO RESULTANTE DE SUA REITERADA INCIDÊNCIA.	213
VII. EXECUÇÃO DA MULTA COERCITIVA.	225
1. - AS <i>ASTREINTES</i> FIXADAS EM DECISÃO ANTECIPATÓRIA E AS COMINADAS EM PROVIMENTO FINAL.	225
2. - COMO SE PROCESSA A EXECUÇÃO DA MULTA COERCITIVA.	232
VIII. CONCLUSÕES.	235
IX. REFERÊNCIAS.	241

I. - INTRODUÇÃO - DA VALORIZAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

O ordenamento pátrio, em certa medida distanciando-se dos preceitos herdados do direito comum e do direito reinol¹, vinha, há algum tempo, privilegiando² a forma pecuniária de recomposição dos danos.

Pela praxe que vinha sendo aqui adotada até as recentes modificações legislativas (que serão examinadas no capítulo "II.I."), a inobservância de um dever (fosse ele legal ou contratual) acabava propiciando à parte prejudicada com o descumprimento o direito de requerer, primordialmente, o recebimento do equivalente da prestação inadimplida em dinheiro.

Partindo, pois, de uma inexplicável reverência ao princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*³ e ancorados na falsa premissa de que a intangibilidade da vontade humana garantiria a liberdade individual⁴, os Tribunais e a doutrina vinham sistematicamente relegando o desempenho da tutela específica⁵ a segundo plano.

¹Gênese do nosso direito. Detalhes sobre as características dos sistemas romano e lusitano, no tocante às tutelas específicas, podem ser colhidos no capítulo "II."

²Deve ser dado destaque, no parágrafo, ao sentido do vocábulo "privilegiar". Ao afirmarmos que o direito pátrio vinha "privilegiando" o sucedâneo das perdas e danos, não queremos dizer, de modo algum, que os diplomas legais que aqui vigeram (e vigem) ignoravam ou excluam a possibilidade de a parte procurar, em Juízo, o desempenho forçado das obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa ou prestar declaração (como expressamente fazia o *Code Napoléon* em seu artigo 1.142, por exemplo). Muito pelo contrário, a possibilidade (juridicamente falando) de a parte tentar obter provimento judicial que conduzisse ao desempenho forçado da obrigação inadimplida sempre esteve, em maior ou menor grau, resguardada nos nossos diplomas legais. A idéia que pretendemos transmitir com o vocábulo destacado é que os mecanismos disponibilizados às partes para a obtenção coativa das tais obrigações vinham se apresentando ineficazes - e a ineficácia dos meios conduzia os jurisdicionados, inexoravelmente, ao caminho das perdas e danos (que deveria ser residual, subsidiário).

³Diz-se inexplicável porque tal princípio jamais encontrou correspondência no direito positivo pátrio, tampouco nos sistemas romano e lusitano, nos quais o nosso se alicerça (conforme restará demonstrado nos capítulos "II." e "II.I.").

⁴Ideologia trazida pelo Código Napoleônico, fruto da Revolução Francesa. Como bem salienta Ada Pellegrini Grinover, "durante muito tempo a resistência do obrigado foi vista como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A intangibilidade da vontade humana era elevada à categoria de verdadeiro dogma, retratado pelo artigo 1.142 do Código Civil francês, pelo qual 'toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor'" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 253).

⁵Assim entendida a tutela (leia-se: provimento jurisdicional) que seja capaz de entregar ao jurisdicionado o bem da vida que a lei ou o contrato lhe prometeram, ao invés do sucedâneo das perdas e danos.

Em razão da total ineficácia das ferramentas processuais disponibilizadas, um renomado artista, que antecipadamente anunciasse sua intenção de não cumprir a agenda de concertos contratada com dada casa de espetáculos, sabia que poderia vir a ser judicialmente obrigado a ressarcir os prejuízos advindos da inobservância contratual, mas também sabia, de antemão, que dificilmente seria compelido a cumprir o avençado⁶.

Do mesmo modo, uma dada indústria sabia que poderia ser condenada a compor os danos ocasionados com o descarte de material poluente em local impróprio, mas também sabia que essa sua nociva atividade pouco provavelmente seria judicialmente empecida.

A paulatina constatação de que nem todos os direitos violados poderiam ser satisfatoriamente recompostos por meio de indenizações pecuniárias⁷, de que o cumprimento forçado em Juízo da obrigação previamente assumida não caracterizaria ofensa à liberdade individual⁸ e a conscientização de que os direitos transindividuais seriam mais eficientemente protegidos com as tutelas cominatórias do que com os provimentos indenizatórios⁹ fizeram com que esse distorcido modelo de atuação jurisdicional começasse a ser contestado.

⁶A possibilidade de determinado jurisdicionado ser (ou não) compelido a desempenhar, coativamente, determinado mister artístico/intelectual (como cantar, atuar em peças teatrais, compor arranjos musicais etc.) será minudentemente examinada no capítulo "V.", item "1.2.1.". A situação hipotética acima deve, pois, ser admitida com as considerações que serão traçadas adiante.

⁷Atendo-nos a uma das hipóteses até aqui aventadas, podemos afirmar, sem medo de errar, que a indenização a ser paga pelo artista dificilmente se prestaria à integral reparação dos danos (tangíveis e intangíveis) experimentados pela casa de espetáculos com a não realização do concerto programado e propagandeado. Por mais que se tente recompor, com a demanda indenizatória, todos os nefastos efeitos advindos do inadimplemento (pleiteando, a parte prejudicada, não só o ressarcimento dos danos emergentes, como também a composição dos lucros cessantes e dos danos morais) haverá sempre uma parcela de prejuízo que acabará não sendo integralmente recomposta. Na hipótese ora analisada, como mensurar, monetariamente, o abalo que a não apresentação de um renomado artista representaria à imagem da casa de espetáculos? Como contabilizar o número de consumidores (espectadores) que deixariam de contratar com a referida casa, no futuro, em razão da desconfiança surgida com o cancelamento do espetáculo programado?

⁸Como didaticamente expõe Eduardo Talamini: “a autonomia da vontade ou qualquer de seus desdobramentos [...] não é obstáculo à imposição coativa da observância dos deveres de fazer [...]. Sendo formal e materialmente legítima a atribuição de um dever ao sujeito, a autonomia da vontade não serve de escudo para exonerá-lo do cumprimento” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 34). Fica muito mais fácil compreender que a liberdade individual não é cerceada pelo desempenho coativo da prestação inadimplida quando o magistrado utiliza a técnica de pressão psicológica (coerção indireta - *astreintes*). No fundo, a parte inadimplente continua tendo uma escolha: ou cumpre a prestação outrora assumida, ou se sujeita à ameaça de um mal maior (a multa).

⁹Nesse sentido a expressa e pioneira disposição do artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública: “na ação que tenha por objeto o cumprimento de ação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

A percepção de que a via indenizatória poderia não reparar integralmente o prejuízo causado acabou ficando ainda mais evidenciada com a progressiva valorização¹⁰ dos direitos da personalidade¹¹ e com a compreensão de que a conduta ilícita poderia ser objeto de tutela jurisdicional mesmo inexistindo dano¹².

Também contribuíram para esse sentimento de incompletude sistêmica (leia-se: insatisfação com a proeminência do sucedâneo das perdas e danos) a crescente complexidade¹³ e efemeridade¹⁴ das relações jurídicas, de todo incompatíveis com a simplória solução indenizatória preconizada¹⁵.

Tais fatores, aliados à inegável realidade de que no mundo globalizado e informatizado o âmbito de difusão dos danos aumenta consideravelmente, levou não só os operadores do direito, mas, sobretudo, os próprios consumidores dos serviços

¹⁰Valorização verificada com a positivação de tais direitos na Constituição Federal de 1988, resultado do processo de redemocratização iniciado na década de oitenta. Sobre o tema, a obra de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹Como, por exemplo, o direito à vida, à integridade física, à liberdade, ao nome, à imagem, à intimidade e à honra (previstos, todos, no artigo 5º da Carta Magna).

¹²Sobre a possibilidade de o jurisdicionado pleitear a intervenção judicial com base na mera ameaça de ilícito (sem se cogitar da ocorrência do dano), a obra de ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2. Ao tratar da tutela inibitória, o autor destaca, com propriedade, que “a função da tutela preventiva é, precipuamente, a prevenção do ilícito, figura esta mais abrangente que as situações de dano, e que atraem a reunião de outros requisitos para sua tutela e suas conseqüências. Desde logo, constata-se a possibilidade de que haja lesão a direito sem o necessário evento danoso. O ato ilícito (contra *ius*) pode evidentemente ocorrer sem que surja, necessariamente, agregado a ele o resultado do dano material. E, mesmo ausente o dano, ainda assim é imperioso reconhecer que o Direito não pode desconhecer da situação e apará-la judicialmente” (página 151).

¹³Múltiplos são os fatores que tornam as relações contemporâneas mais complexas do que aquelas existentes há poucas décadas (quando o sistema das perdas e danos ainda se mostrava relativamente efetivo). Podem ser apontados fatores tecnológicos (como o aumento das relações firmadas por intermédio da rede mundial de computadores - *internet*), científicos (como a possibilidade de se realizar fertilização *in vitro*), socioeconômicos (como o vertiginoso crescimento do consumo em larga escala) entre outros.

¹⁴Hodiernamente, a quantidade de relações jurídicas iniciadas e finalizadas em um único dia por um determinado sujeito de direito é exponencialmente maior do que o número de relações mantidas por um indivíduo nas primeiras décadas do século passado, por exemplo. Os rápidos e cotidianos contratos estabelecidos e concluídos pelo homem contemporâneo (contrato de transporte firmado toda vez que um trabalhador utiliza o transporte público para deslocamento profissional, contrato de prestação firmado toda vez que um cidadão vai a um *shopping center* assistir uma sessão de cinema etc.) permitem-nos afirmar que as relações jurídicas hoje em dia são muito mais efêmeras do que aquelas firmadas há algumas décadas.

¹⁵Nesse sentido, a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “a vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas” acentuaram a já existente necessidade de serem introduzidas, no sistema processual, técnicas que permitissem “a adaptação do processo às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 14).

jurisdicionais¹⁶ a clamar por um sistema processual menos hermético, capaz de tutelar os próprios direitos ameaçados (não se limitando, portanto, a reparar apenas as conseqüências de sua violação).

Atento às constatações condensadas nessas introdutórias considerações, Barbosa Moreira apontava, em obra escrita antes das reformas legislativas que vieram potencializar a tutela específica¹⁷ no direito processual pátrio, que em grande número de hipóteses a tutela específica seria a única capaz de aproveitar ao credor¹⁸. Prosseguindo o escólio, o autor concluía que entre o proveito que ela (a tutela específica) asseguraria ao credor e o "proveito que lhe poderá proporcionar qualquer outra modalidade de tutela medeia distância tão considerável, que a mera outorga de tutela não específica quase se resolve, na prática, em denegação de tutela"¹⁹.

Conjugando, pois, as visionárias palavras do autor fluminense com a conhecidíssima lição de Cândido Rangel Dinamarco (de que o processo só cumpre com sua finalidade quando e se estiver sendo instrumento hábil à efetivação dos direitos materiais²⁰), seria correto admitir, por exemplo, que a iminente violação a um direito da personalidade, como o direito à honra, fosse preferencialmente reprimida com o

¹⁶Sobre o significado aplicado ao termo "consumidor" no texto: DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 2.

¹⁷Eduardo Talamini apresenta, em sua referencial obra (sobre as obrigações de fazer e não fazer), valiosa anotação sobre o correto sentido da expressão "tutela específica". Segundo o renomado autor, "afirma-se, por vezes, que é 'específica' a tutela que confere ao titular do direito o mesmo bem que ele teria se não houvesse a transgressão, e 'genérica' a que propiciaria o equivalente pecuniário. Mas, se fosse rigorosamente esta a distinção, seria 'específica' a execução ('por quantia certa') de uma dívida originariamente pecuniária". Após tecer breves considerações sobre a constatação adotada como premissa, o estudioso conclui que, do ponto de vista processual, "genérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor – seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação. Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, páginas 229 e 230). Ada Pellegrini Grinover, com arrimo nas lições de Barbosa Moreira, ensina, por sua vez, que a tutela específica deve ser "entendida como o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento" (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 252).

¹⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, página 32.

¹⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, página 32.

²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

arbitramento de uma determinada indenização pecuniária, a ser fixada após a efetiva ocorrência do dano?

O ressarcimento patrimonial determinado em Juízo repararia integralmente o mal causado? Poder-se-ia dizer ter havido, na hipótese de arbitramento de indenização, real e efetiva proteção ao direito do ofendido?

E se existissem ferramentas processuais adequadas, não seria possível inferir que o jurisdicionado teria preferido impedir a concretização do ato ofensivo à sua honra - ou, ao menos, a continuação -, ao invés de aguardar a composição pecuniária dos danos?

Examinando o mesmo problema sob um prisma mais alargado (o das tutelas coletivas) e retomando a hipotética situação aventada logo no intróito do presente capítulo: seria mais conveniente impedir que a indústria poluidora iniciasse o descarte de resíduos tóxicos decorrentes de sua atividade em local impróprio ou impor, a *posteriori*, uma indenização pecuniária como forma de reparar os prejuízos ambientais causados à localidade com a indevida dispersão?

E o empresário prejudicado com a concorrência desleal iniciada pelo seu ex-sócio em afronta ao instrumento de dissolução de sociedade (que estipulara o dever de não concorrência por determinado lapso temporal)? Preferiria ele a imediata cessação da atividade concorrencial praticada pelo seu antigo parceiro ou a futura reparação monetária dos prejuízos experimentados? A hipotética sentença que concedesse a indenização por perdas e danos conseguiria recompor a integralidade do prejuízo sofrido pelo comerciante vilipendiado? E os clientes "desviados" pelo ex-sócio com a inobservância da obrigação contratualmente assumida? Como apurar quantos consumidores teriam migrado de um estabelecimento para o outro e como contabilizar quanto cada um desses consumidores teria deixado de contribuir para os ganhos da parte prejudicada? Haveria, enfim, como contabilizar o real prejuízo (tangível e intangível) experimentado pelo empresário com a ilegal conduta de seu antigo parceiro?

Indagações como essas fizeram com que os estudiosos intensificassem o movimento de rejeição à simplória solução das perdas e danos.

Para a mais autorizada doutrina, um sistema jurídico justo, democrático e, sobretudo, garantista, deveria, necessariamente, colocar à disposição dos seus jurisdicionados ferramentas que possibilitassem a obtenção do bem *in natura*, e não apenas (e sempre) o substitutivo pecuniário (mesmo porque, em certos casos²¹, a entrega do equivalente em dinheiro acaba não ressarcindo, de fato e de direito, a parte prejudicada).

Não se pode negar, tendo sempre em mente o modelo constitucional de processo²², que o provimento que outorga ao autor de uma determinada demanda a própria prestação inadimplida (ao invés do seu equivalente em dinheiro) merece prioridade, não só por propiciar o bem que ele ansiava obter ao firmar o negócio jurídico descumprido²³ (e encerrar uma idéia mais palpável de justiça), mas também por dar à sociedade uma maior sensação de segurança jurídica e, por que não, aumentar a confiabilidade no Judiciário. Nas palavras de Barbosa Moreira:

[...] se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.²⁴

O citado autor parece estar coberto de razão: um sistema incapaz de conceder ao jurisdicionado meios de se obter judicialmente a observância de certos deveres (legalmente impostos ou contratualmente assumidos) fomenta o inadimplemento, o desrespeito e a precificação dos direitos²⁵.

²¹Como os até aqui elencados.

²²Expressão utilizada no sentido empregado na parte II, página 92 e seguintes da obra de BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

²³Ou por propiciar o bem que a lei lhe assegurava (tendo em vista o fato de que a tutela específica não se dirige apenas às obrigações contratualmente assumidas, mas, também, aos deveres legalmente previstos).

²⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, página 32.

²⁵Uma vez que todos poderão se desvencilhar das obrigações contraídas, optando por se sujeitar ao sucedâneo das perdas e danos. A sujeição às perdas e danos, por mais estranho que possa parecer, pode ser sim o caminho voluntariamente escolhido pelo devedor recalcitrante. Nas obrigações de valor inestimável, por exemplo, o pagamento da quantia a ser fixada pelo Juízo, a título de perdas e danos, pode acabar sendo menos oneroso para o jurisdicionado faltoso (levando em conta as particularidades da prestação inadimplida) que o desempenho da obrigação avençada.

Retomando, pois, a hipótese do comerciante beneficiário da cláusula de não concorrência que vem sendo inadimplida, pode-se dizer que o diploma processual ideal lhe propiciaria, na prática, a possibilidade de optar por uma, dentre duas alternativas: (i) a execução forçada da prestação descumprida, obtendo, por meios processuais auxiliares, a observância do dever de abstenção inadimplido pelo outro contratante ou (ii) a via secundária da indenização, na qual perseguiria a composição dos danos decorrentes da inobservância contratual. À coletividade ameaçada pelo iminente descarte de material tóxico em local indevido dar-se-ai igual alternativa (solução estendida, também, ao particular que tivesse sua honra colocada em xeque).

O mesmo se pode dizer de uma famosa rede de artigos esportivos que contrata um renomado atleta para, apresentando-se publicamente - em entrevistas, eventos esportivos, por exemplo - vestido com as roupas fabricadas pela patrocinadora, realizar a divulgação de sua marca. Certamente ela não desejará obter, em caso de recalcitrância do esportista, uma compensação pecuniária. Ela preferirá o específico desempenho do compromisso assumido, mesmo porque a posterior indenização, por mais avultante que seja, não reparará, integralmente, o dano sofrido.

Robustecemos a posição aqui defendida na contundente afirmativa feita por José Roberto dos Santos Bedaque, para quem:

[...] o ordenamento que não assegura a atuação das regras que estabelece, mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico.²⁶

Pois bem. Infelizmente, até o início das ondas reformatórias, iniciadas em 1992²⁷, o sistema preconizado pelo vigente Código de Processo Civil não disponibilizava ferramental adequado à perseguição da tutela específica, da forma acima idealizada.

²⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, página 13.

²⁷Com a promulgação das Leis nº 8.455/1992, 8.637/1993, 8.710/1993 e 8.718/1993. A doutrina aponta a existência de várias outras "ondas reformatórias" do vigente Código de Processo Civil.

Não queremos com isso dizer que o Código Buzaid vedava, em sua primeira redação, a obtenção judicial da própria obrigação inadimplida. Como já salientado no intróito do presente capítulo, existia, sim, expressa previsão legal permitindo a busca da tutela específica em Juízo. Os meios processuais colocados à disposição das partes para que a obrigação descumprida fosse judicialmente satisfeita, entretanto, é que eram ineficazes e, assim, desestimulantes.

Como bem salienta Eduardo Talamini:

[...] sob o prisma do direito material, sempre houve a absoluta preferência pelo resultado (e pelo cumprimento) específico. Faltavam - é verdade - instrumentos processuais que refletissem de modo mais claro tal desígnio do ordenamento substancial.²⁸

Verificando, pois, a crescente necessidade de um processo de resultados, e dando vazão aos reiterados clamores da doutrina, o legislador pátrio começou a empreender vagarosas e pontuais - porém estruturais - reformas no Código de Processo Civil.

Um dos mais sensíveis e importantes pontos trabalhados logo nas primeiras reformas, ao lado da instituição da tutela antecipada²⁹, foi a sistematização das tutelas específicas e as medidas para sua implementação³⁰. Partindo da bem sucedida e

²⁸TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 37. No mesmo sentido, com uma visão um pouco mais ampla (ou seja, não se restringindo apenas à questão das obrigações de fazer e não fazer), o escólio do Ministro Sálvio Teixeira: "o nosso Código, com algumas ressalvas, é indubitavelmente bem estruturado em suas linhas arquitetônicas, elaborado que foi com técnica e cientificidade. O que nele se apresenta deficiente é exatamente a sua disciplina divorciada da realidade, a refletir o hermetismo com que foi elaborado, sem a participação dos diversos segmentos da comunidade jurídica nacional. Daí as notórias deficiências de sua aplicação na prática forense do dia-a-dia [...]" (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, páginas 233 e 234).

²⁹Da mesma forma que a valorização da tutela específica, o instituto da antecipação da tutela foi introduzido no ordenamento jurídico para tornar o processo civil mais efetivo. Sobre o assunto tutela antecipada, a referencial obra de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁰Tecnicamente referidas, doravante, como "medidas de apoio".

paradigmática disciplina dada a tais tutelas pelos artigos 83³¹ e 84³² do Código de Defesa do Consumidor, o legislador alterou, por intermédio das Leis nº 8.952/1994 e 8.953/1994, entre outros, a redação dos artigos 461, 644 e 645 do Código de Processo Civil, dando o primeiro passo³³ para a valorização da tutela específica no sistema do Código Buzaid³⁴.

Deixando um pouco de lado as minudências referentes às alterações legislativas, que serão objeto de detida análise no capítulo "II.I.", pode-se dizer, sem medo de errar, que o legislador acabou, com as reformas *supra* citadas, quebrando o paradigma: a tutela específica passou a ocupar o lugar de primazia que vinha sendo indevidamente ocupado pelo sucedâneo indenizatório.

Para não deixar dúvidas sobre o intento reformador contido nas alterações legislativas apontadas, a predileção pela via da tutela específica acabou sendo expressamente declarada no §1º do artigo 461 do Código de Processo, que determina ser possível a conversão da obrigação em perdas e danos apenas quando "o autor o requerer" ou quando se tornar "impossível a tutela específica".

A expressa disposição legal acima mencionada veio, segundo Cássio Scarpinella Bueno, ao encontro da "tendência atual do processo civil contemporâneo" de "resguardar

³¹Artigo 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

³²Artigo 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

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

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

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

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

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

³³As alterações iniciadas pelos citados diplomas acabaram sendo finalizadas com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.444, promulgada em 07.05.2002.

³⁴Importante ressaltar, mesmo que a título de nota (pois tal questão será detidamente analisada mais adiante), que tanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) já haviam tratado do tema "tutela específica" antes do Código de Defesa do Consumidor vir à lume. Nesse primeiro e introdutório momento, o Código de Defesa do Consumidor é citado, em detrimento dos precedentes textos legais, por ter sido o primeiro diploma a ter sistematizado os meios de obtenção da tutela específica - tanto isso é verdade que os artigos que regulam a matéria no Código de Processo Civil repetem, quase que em sua integralidade, as disposições do Código consumerista.

àquele que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão [...] o direito em espécie, relegando, a um segundo plano, sua reparabilidade patrimonial"³⁵.

Fixou-se, enfim, no Código de Processo Civil, conceito já de certo modo sedimentado no inovador Código de Defesa do Consumidor³⁶: de que processo efetivo não é só aquele que se presta a entregar, em prazo razoável, o provimento buscado³⁷, mas também aquele que, na medida do possível, coloca à disposição da parte instrumentos que viabilizem o gozo do bem *in natura*.

Delineou-se, com maior clareza, a estreita vinculação da tutela específica com a garantia constitucional do acesso à justiça, dando voz aos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, para quem haveria:

[...] estreita correspondência entre essa linha de pensamento [a de propiciar aos litigantes formas de obtenção da tutela específica] e a garantia constitucional de acesso à justiça, a qual não é satisfatoriamente efetivada quando se impõe a quem tem um direito, contra a sua vontade e sendo possível obter a tutela específica, um bem diferente daquele que, segundo a lei e o contrato, lhe era lícito obter.³⁸

Enfim, a opção adotada com as reformas apenas fez valer a conhecidíssima lição de Chiovenda de que “*il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto conseguire*”³⁹.

A valorização da tutela específica, ocasionada com as alterações legislativas citadas, não só melhorou a prestação jurisdicional, mas contribuiu, também, para a

³⁵BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o poder público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 38.

³⁶A despeito de ser um diploma primoroso (do ponto de vista técnico) e extremante revolucionário, o Código de Defesa do Consumidor tinha um âmbito de incidência restrito, sendo aplicado apenas às relações de consumo individuais e coletivas.

³⁷Conforme determina a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII.

³⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, página 514 (observação entre colchetes não consta do original).

³⁹CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930, página 110.

intensificação⁴⁰ do movimento de reaproximação de dois ramos do direito que se encontravam demasiadamente distanciados: o direito processual civil e o direito civil.

Após um século de afastamento, necessário à afirmação do direito processual como ciência autônoma, os citados ramos voltaram a se conjugar⁴¹, servindo o processo, mais do que nunca, como instrumento de realização dos direitos materiais. Houve, como não se pode negar, um "amoldamento" do sistema processual aos direitos materiais. Aquele passou a servir este de maneira mais eficiente (sem, contudo, perder a autonomia galgada no último século). Nas sábias palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] tendo o processo alcançado a sua autonomia científica, com o reconhecimento da ação como direito abstrato, distinto do direito material que através dela se vincula, a melhor doutrina hoje alerta para a necessidade de que o processo não se distancie de sua vera função social.⁴²

Isso porque "a concepção de um sistema jurídico eficaz impõe inexoravelmente que esses dois planos (direito material e direito processual) caminhem sempre em sintonia [...]"⁴³.

Deixando um pouco de lado essa interessantíssima questão⁴⁴, vez que estamos, neste momento, apenas a introduzir o assunto a ser desenvolvido, e retomando um pouco o fio da meada, o fato é que desde 1994 o magistrado passou a contar com um verdadeiro arsenal, podendo determinar, de ofício, e quando necessário à consecução da tutela

⁴⁰Importante destacar, na oração, a importância do vocábulo "intensificar". Por necessário rigor técnico, deve-se ressaltar que a valorização da tutela específica apenas contribuiu para a "intensificação" do fenômeno de reaproximação, que já se encontrava em curso.

⁴¹Sobre uma mais aprofundada análise das "ondas renovatórias" e como elas reaproximaram o direito processual do direito material, a obra de Mauro Cappelletti (**Access to justice - A worldwide movement to make rights effective - A general report**. Leyden/Londres/Boston/Milão: Giuffrè, 1978) e Cândido Rangel Dinamarco (Nasce um novo processo civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996).

⁴²MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Considerações acerca da certa tendência legislativa à atenuação do dogma "nemo ad factum praecise cogi potest". *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, página 269.

⁴³SILVA, Guilherme Linhares Valério da. Breves apontamentos acerca dos direitos da personalidade e novas formas de tutela jurisdicional. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Impactos processuais do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, página 62.

⁴⁴Que será melhor abordada quando tratarmos da "nova" classificação das sentenças/provimentos jurisdicionais (vide capítulo "III").

específica: a busca e a apreensão de coisas, o desfazimento de obras, a remoção de pessoas e, principalmente, impor à parte recalcitrante multa coercitiva⁴⁵, conhecida como *astreinte*.

O presente estudo tem por escopo examinar, com profundidade, as *astreintes* - a ferramenta mais eficaz e mais utilizada pelas partes para obtenção da tutela específica em Juízo.

A falta de regramento mais detalhado no tocante ao modo de sua fixação, valor, periodicidade, exigibilidade e execução fez com que uma série de questões viesse à tona, dando ensejo a larga divergência jurisprudencial e doutrinária que, longe de contribuir para a necessária e imprescindível dialética da ciência jurídica, vem causando desalentadora insegurança.

Ainda existem, por exemplo, conflitantes decisões judiciais sobre o campo de incidência das *astreintes* (questão das mais elementares⁴⁶). A multa coercitiva se restringiria às obrigações de fazer e não fazer ou abarcaria também as obrigações de entregar coisa e de prestar declaração⁴⁷? Incidira somente sobre as obrigações infungíveis? Sobre as fungíveis? Ambas? Os questionamentos (bem como os posicionamentos⁴⁸) são numerosos.

Indaga-se, *v.g.*, a partir de quando a multa se tornaria exequível: a partir do momento em que o réu recalcitra em cumprir a determinação judicial antecipatória/liminar que a veicula ou apenas a partir do momento em que é lançado o provimento final

⁴⁵Nomenclatura acertadamente cunhada por Cândido Rangel Dinamarco, pelas razões expostas *in Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, página 536.

⁴⁶Isso demonstra a importância do presente estudo.

⁴⁷Sobre as obrigações de prestar declaração a específica obra de YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁴⁸A divergência de posicionamentos sobre esse elementar ponto pode ser exemplificada pelo recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (DJe 24.04.2009), no qual as opiniões restaram divididas: enquanto os Ministros Sidnei Beneti, Humberto Gomes de Barros e Castro Filho votavam pela possibilidade da multa coercitiva ser aplicada nas obrigações de fazer infungíveis de criação artística/intelectual, a Ministra Nancy Andrighi concluía pela impossibilidade, sob o argumento de que "ao resguardo da intangibilidade da liberdade pessoal, não se pode conceber que o Estado haja coercitivamente sobre a volição do devedor para que este cumpra a prestação de fazer a que se obrigou, aplicando-lhe, exemplificativamente, multa diária até que este, confrangido, produza o resultado contratado". Segundo a Ministra, em trecho mais adiantado do voto vencido, "a infungibilidade da obrigação de fazer" afastaria "a possibilidade de imposição de multa cominatória" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 482.094 - RJ (2002/0149569-9), Terceira Turma, relatora originária Ministra Nancy Andrighi, relator para Acórdão Ministro Sidnei Beneti, maioria de votos, j. 20.05.2008, DJe 24.04.2009).

confirmando a decisão interlocutória? Em caso de execução imediata, qual procedimento a ser observado: execução definitiva ou provisória?

A coerção poderia ser imposta cumulativamente a outras sanções, como crime de desobediência⁴⁹ e ato atentatório ao exercício da jurisdição⁵⁰? Teria o autor a obrigação de devolver o valor eventualmente excutido em razão da recalcitrância do réu quando a decisão que fixara a multa, em sede antecipatória/liminar, vem a ser reformada por provimento final? O recebimento do sucedâneo das perdas e danos ou o cumprimento tardio (porém proveitoso) da decisão cominatória eximiria o réu do dever de pagar a multa até então devida?

Quais seriam os critérios a serem utilizados pelo operador para fixação do valor e periodicidade da multa? Até que momento as *astreintes* poderiam incidir? Haveria limitação legal ou principiológica para o montante final da referida cominação? Seria possível a multa exceder o valor da prestação exigida em Juízo?

Quem seria o ente legitimado à excussão da multa coercitiva (o Estado ou o autor)? Qual seria o ente beneficiário das *astreintes*? Admitindo que a parte fosse a beneficiária da multa e que ela tivesse sido agraciada, após certo tempo de renitência por parte do réu, com o desempenho da obrigação almejada, poderíamos dizer que o recebimento da multa pelo tempo de inadimplemento configuraria enriquecimento sem causa?

O número de indagações acima formulado demonstra a importância do presente estudo.

Esquadrinharemos, pois, no trabalho ora iniciado, essa eficiente medida de apoio, procurando, com base no direito comparado, no entendimento jurisprudencial e com fulcro nos ensinamentos da doutrina pátria, solucionar os questionamentos que vêm sendo reiteradamente repetidos e divergentemente respondidos.

⁴⁹Artigo 330 do Código Penal.

⁵⁰Artigo 14, V, do Código de Processo Civil.

Nos capítulos que se sucedem analisaremos as características da tutela específica⁵¹ e das medidas para sua implementação no sistema romano e lusitano⁵², no “remoto” direito brasileiro e nos diplomas legais mais recentes⁵³ (capítulos “II.” e “II.I.”⁵⁴); compararemos, criteriosamente, a multa coercitiva brasileira com institutos assemelhados do direito francês e anglo-saxão (capítulos “IV.I.” e “IV.II.”) e definiremos, com clareza, a natureza e a função das *astreintes* no sistema pátrio, delimitando seu campo de incidência (capítulo “V.”⁵⁵).

No sexto capítulo, listaremos os critérios a serem utilizados pelo operador para fixação do valor inicial e (eventual) periodicidade da multa. Na parte “VI.I.”, identificaremos até que momento as *astreintes* poderiam incidir e se haveria limitação legal ou principiológica para o montante final da referida cominação.

Analisaremos, no capítulo “VI.II.”, a aplicação do dispositivo legal que autoriza a alteração do valor da medida coercitiva, debatendo, em continuidade, se o recebimento da multa que em razão de sua reiterada incidência atingira elevado valor poderia vir a caracterizar o enriquecimento sem causa do autor e como esse suposto enriquecimento sem causa poderia ser solucionado.

No sétimo capítulo, identificaremos o momento a partir do qual as *astreintes* passariam a ser exigíveis e o modo de sua “cobrança” em Juízo. A execução da multa cominatória fixada em tutela antecipada/liminar, por exemplo, seria desde logo possível ou seria necessário aguardar o trânsito em julgado do provimento final que a confirmasse? A postergação do início da execução para o momento final do processo, como defendem alguns estudiosos, não diminuiria a função coativa da multa? Aceitando-se a possibilidade

⁵¹A terminologia contemporânea “tutela específica” será utilizada na identificação dos institutos assemelhados, existentes nos remotos ordenamentos analisados no capítulo “II.”, apenas para facilitar a exposição do tema. Queremos, com a ressalva aqui feita, deixar claro que os romanos e os portugueses, nos períodos analisados, por certo não concebiam a idéia da “tutela específica” (pelo menos não da forma como ela é entendida pelos processualistas modernos). A terminologia “tutela específica”, em suma, quando for utilizada no capítulo “II.” para designar institutos pretéritos, deverá ser entendida com as reservas históricas pertinentes.

⁵²Gênese do nosso ordenamento.

⁵³Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994).

⁵⁴No capítulo “III.”, abordaremos a questão da classificação dos provimentos, tendo em conta a positivação do movimento de valorização da tutela específica.

⁵⁵Será analisada, ainda, a possibilidade de tal coerção ser imposta cumulativamente a outras sanções - como, v.g., crime de desobediência e ato atentatório ao exercício da jurisdição (capítulo “V.I.”).

de imediata exigibilidade das *astreintes* fixadas em decisão interlocutória, a execução a ser iniciada seria provisória ou definitiva?

Perquiriremos, ainda no citado capítulo, a necessidade de o autor devolver o valor eventualmente excutido em razão da recalcitrância do réu quando a decisão antecipatória/liminar que fixara a multa vem a ser reformada por provimento final. Analisaremos, também, e como outra face da moeda, se o recebimento do sucedâneo das perdas e danos ou se o cumprimento tardio (porém proveitoso) da decisão cominatória eximiria o réu do dever de pagar a multa até então devida.

Ao cabo (capítulo "VIII."), traçaremos as notas conclusivas sobre o instituto.

II. - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA TUTELA ESPECÍFICA E DA COERÇÃO COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE UMA DETERMINADA PRESTAÇÃO EM JUÍZO NOS SISTEMAS ROMANO E LUSITANO.

Fizemos questão de salientar, no capítulo introdutório do presente trabalho, que na recente história do direito brasileiro (referimo-nos aqui ao Código Civil de 1916 e aos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973) existiam dispositivos legais reconhecendo o direito de a parte reclamar, em Juízo, a entrega da tutela específica.

O problema, nesse recente arco temporal, restringia-se à ausência de mecanismos processuais que pudessem conduzir, de fato (e não apenas ideologicamente), ao desempenho das obrigações de fazer, não fazer, dar ou prestar declaração e a uma inexplicável⁵⁶ e velada reverência ao princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*⁵⁷, consagrado no artigo 1.142⁵⁸ do Código Napoleônico.

Atendo-nos, nessas iniciais considerações, a esse recente período, pode-se dizer que a promulgação da Lei de Ação Civil Pública, a sistematização das tutelas dos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor e as inovações legislativas que modificaram substancialmente o artigo 461 do Código de Processo Civil⁵⁹ fizeram com que os entraves ferramentais e culturais acima citados fossem sanados.

⁵⁶Diz-se inexplicável porque tal princípio jamais encontrou correspondência no direito positivo pátrio, tampouco nos sistemas romano e lusitano, nos quais o nosso se alicerça (conforme restará demonstrado nos vindouros parágrafos). Apesar de não termos tido expresso dispositivo legal referendando a máxima de que o inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer seria obrigatória e automaticamente transformado em obrigação pecuniária, não podemos deixar de notar que o princípio positivado no Código Napoleônico influenciou sobremaneira a doutrina e a jurisprudência pátrias, que aplicavam esse verdadeiro dogma como se o Código Civil de 1916 o houvesse sistematicamente acolhido - o que, volte-se a afirmar, não corresponde à realidade.

⁵⁷Supostamente surgido, segundo João Calvão da Silva, do equivocado trabalho interpretativo realizado pelos glosadores na Idade Média (SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, página 54).

⁵⁸“*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.

⁵⁹As modificações legislativas acima aludidas (que, passo a passo, potencializaram a tutela específica) foram sendo paulatinamente implementadas por conta dos motivos expostos no capítulo "I." (v.g., percepção de que a via indenizatória nem sempre repararia de forma integral os danos experimentados; conscientização de que o uso de meio coercitivo indireto para o desempenho de obrigação anteriormente assumida não caracterizaria ofensa à liberdade individual; constatação de que os direitos transindividuais seriam mais eficientemente protegidos com as tutelas cominatórias do que com os provimentos indenizatórios; compreensão de que a conduta ilícita poderia ser objeto de tutela jurisdicional mesmo inexistindo dano etc.).

Hoje, as partes (*rectius*, o Juízo) têm à sua disposição um verdadeiro arsenal para a consecução da tutela específica, podendo requerer (determinar), entre outros, a atuação dos meios coercitivos de busca e apreensão de coisas, de desfazimento de obras, de remoção de pessoas e, principalmente, da *astreinte* (ferramenta objeto do presente estudo).

A coerção, contudo, fosse direta ou indireta, corporal ou psicológica⁶⁰, sempre se apresentou como eficiente instrumento de obtenção do desempenho de determinadas obrigações, sendo utilizada desde os mais remotos tempos⁶¹.

1. - SISTEMA ROMANO.

No arcaico direito romano⁶² (assim entendido o período das *legis actiones*⁶³), por exemplo, o réu condenado ao pagamento de determinada quantia, que não satisfizesse o

⁶⁰Fazemos questão de salientar que trataremos, doravante, apenas dos meios coercitivos judicialmente chancelados - deixando de lado, portanto, os meios coercitivos privados, vedados por todos os ordenamentos contemporâneos que possam ser considerados verdadeiramente democráticos.

⁶¹Como veremos nos subseqüentes tópicos.

⁶²A remissão a tão longínqua civilização é feita não só porque o direito lá aplicado foi (e ainda é) a base do sistema jurídico pátrio, mas também porque, como acertadamente pontificam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, com base nas lições de Orestano, “o estudo histórico de uma experiência passada se presta a esclarecer inúmeras questões aparentemente sem solução nos quadrantes do direito de época contemporânea. Com efeito, o estudo aprofundado do direito processual, como ramo da ciência jurídica, pressupõe o estudo de sua história, o conhecimento de suas fontes, para a investigação da origem e finalidade dos seus respectivos institutos” (AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 24).

⁶³O sistema processual romano pode ser dividido em duas grandes fases: a do *ordo iudiciorum privatorum* (em vigor desde os tempos de fundação de Roma - 754 a.C. - até a época do imperador Diocleciano, cerca de 300 d.C.) e a da *extraordinaria cognitio* (introduzida pela *Lex Julia Privatorum*, datada de 17 a.C.). A primeira fase, do *ordo*, reúne dois importantes períodos, o das ações da lei (*legis actiones*) e o formular (*per formulas*) que, a despeito de suas especificidades, compõem a mesma fase por apresentarem características básicas assemelhadas: ambas eram impregnadas de excessiva formalidade; continham um acentuado grau de misticismo; uma inegável predominância da oralidade; a indisfarçável atribuição do principal papel processual às partes; e, sobretudo, a *sui generis* bipartição do procedimento (*in iure* e *apud iudicem*). O processo civil romano do *ordo iudiciorum privatorum* iniciava-se *in iure*, perante o pretor (magistrado estatal), que tinha a incumbência de organizar e fixar os termos da controvérsia que o *iudex*, cidadão romano geralmente eleito pelas próprias partes (podendo ser imposto pelo pretor quando houvesse controvérsia), em um segundo momento (*apud iudicem*), viria a julgar. O processo da *extraordinaria cognitio*, idealizado com indisfarçável intento centralizador por Otaviano Augusto, era, a seu turno, integralmente dirigido por um magistrado estatal, inexistindo ingerência particular (como existia na fase do *ordo* com a participação do *iudex*). Como bem salienta Giuseppe Grosso, “*l’elemento saliente que contrapponeva la cognitio extra ordinem alla procedura della distinzione tra l’è due fasi, in iuri e apud iudicem, e nell’unità del processo, in cui l’applicazione del diritto era di competenza del magistrato o del funzionario, che istruiva e decideva la lite in nome dello Stato, godeva di una larghezza di poteri che mancava al iudex privatus; diveniva inoltre regola, l’instituto dell’appellatio*” (GROSSO, Giuseppe. **Lezioni de storia del diritto romano**. Torino: G. Giappichelli, 1965, página 411).

débito no prazo de trinta dias⁶⁴, poderia ser fisicamente constrangido a saldar suas contas. Era a *manus iniectio*:

[...] o devedor (*addictus*) era levado pelo autor e, no prazo de 60 dias, colocado à venda, perante o pretor, em três sucessivos mercados (*trinīs nundinis continuis* – Aulo Gélío, N. A., 20.1.44). Caso a dívida não fosse resgatada ou ninguém o comprasse, o credor poderia matá-lo ou vendê-lo como escravo *trans Tiberin*, ou seja, aos etruscos habitantes da outra margem do Tibre.⁶⁵

Curioso aspecto desse agressivo instrumento de direta coerção dizia respeito à brutal conseqüência advinda da execução coletiva frustrada. Aulo Gélío, em sua conhecida obra *Noctes Atticae*⁶⁶, nos conta que:

*Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinīs nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaequē pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabaunt aut trans Tiberim peregre venum ibant.*⁶⁷

Ou seja, se na execução singular o devedor poderia acabar sendo vendido como escravo ou pagando com a própria vida, na execução coletiva aos credores “se concedia,

⁶⁴A Tábua III, item 4, da Lei das XII Tábuas (reprodução feita com base na reconstituição de Jacques Godefroy), dispunha que: “*Aeris confesi rebusque jure iudicatis, XXX dies justi sunt*”.

⁶⁵AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 61.

⁶⁶20.1.46.

⁶⁷A lição acima transcrita vem apoiada no expresse comando dos itens 4 a 9 da Tábua III:

“4. Aquê que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar.
5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.
6. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com pêso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.
7. O devedor prêso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém prêso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.
8. Se não há conciliação, que o devedor fique prêso por 60 dias, durante os quais será conduzido em 3 dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.
9. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. Tradução das XII Tábuas encontrada em MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **A lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, página 167.

após ter restado frustrado o recebimento do crédito, a faculdade de se esquartejar o corpo do devedor (*tertiis nundinis partes secanto*)⁶⁸.

Como oportunamente pondera Eduardo Talamini, “à parte seus resquícios de autotutela e sua grande carga de mero castigo, a *manus iniectio* tinha nítida função coercitiva”⁶⁹. Prosseguindo no escólio, o citado autor, rebatendo argumento de Medina (para quem a *manus iniectio* teria caráter satisfativo e não coercitivo), arremata:

[...] não parece possível dizer que a aplicação da pena corporal, em si, implicava satisfação do crédito em sentido jurídico do termo [...]. Eventual ‘satisfação pessoal’ do credor (no sentido psicológico), advinda da vingança, apenas põe em destaque o caráter de castigo (‘retributivo’, ‘punitivo’) de que a *manus iniectio* também se revestia [...]. Ademais, [...] é muito razoável supor – como faz a generalidade da doutrina de direito romano – que a drasticidade da *manus iniectio* destinava-se precisamente a desincentivar o inadimplemento ou a pressionar o cumprimento tardio (pelo próprio devedor ou por terceiro). Ou seja, era através dessa intimidação que se obtinha a ‘satisfação’ do crédito propriamente dita.⁷⁰

A coercibilidade, como forma de estímulo ao cumprimento de obrigações, não ficava, contudo, restrita à *manus iniectio*. A Lei das XII Tábuas previa, logo na Tábua I, ao regular a *in ius vocatio*, a possibilidade do autor de uma determinada demanda prender o réu que se recusasse a comparecer a Juízo (item 2⁷¹) ou mesmo trazê-lo à força perante o pretor (item 3⁷²). A expressa autorização para uso da força física devia, à época, dissuadir alguns dos demandados da recôndita intenção de se furtar à citação.

⁶⁸AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 61.

⁶⁹**Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 42.

⁷⁰**Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 43.

⁷¹“*Nit, antestamino: igtur em capito*”. Tradução de Silvio Meira: “Se não comparece, aquele que o citou tome testemunhas e o prenda” (MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **A lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, página 167).

⁷²“*Si cauvitur, pedem-ve struit; manum endo jacito*”. Tradução de Silvio Meira: “Se procurar enganar ou fugir, o que citou pode lançar mão sobre (segurar) o citado” (MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **A lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, página 167).

Deixando um pouco de lado as medidas coercitivas corporais (que parecem ter sido a tônica do período das *legis actiones*⁷³), a Tábua III, ao tratar dos direitos de crédito, estipulava ameaças financeiras como desestímulo ao inadimplemento, prevendo que o depositário infiel seria condenado a restituir o dobro da coisa vilipendiada (item 1⁷⁴) e que aquele que cobrasse juros superiores a um por cento ao ano seria condenado a restituir a quantia em quádruplo (item 2⁷⁵).

Outra medida que não se valia da ameaça corporal como forma de coação ao desempenho de uma determinada obrigação era a *legis actio per pignoris captionem*. Por intermédio desse remédio legal, o credor (em certas e determinadas circunstâncias) poderia restringir os bens dos devedores, não para fazer valer um direito subjetivo próprio, pagando-se com os bens apreendidos, “mas, sim, como elucida Pugliese, para constranger o sujeito passivo a cumprir uma prestação [...]”⁷⁶.

Já à época do período formular⁷⁷, o devedor renitente ficava sujeito, entre outros, aos efeitos da *missio in possessionem*, por intermédio da qual o credor, não tendo o seu direito solvido no prazo de trinta dias (*tempus iudicati*), ficava autorizado a se imitar na posse da totalidade dos bens do devedor.

Apesar de ter sido abrandado o rigor corporal⁷⁸ do período anterior, a *missio in possessionem* não se mostrou meio coercitivo menos eficiente. Muito pelo contrário, o devedor afetado pela *missio* era considerado infame⁷⁹ e podia, mesmo que o valor da dívida cobrada fosse infinitamente inferior ao seu acervo de bens, vir a perder todo o seu patrimônio (vez que os romanos ainda não tinham presente a idéia de que os bens a serem afetados pela constrição deveriam ser somente aqueles suficientes à quitação do débito⁸⁰).

⁷³E não poderíamos esperar nada muito diferente, pois a sociedade romana estava começando a se organizar, saindo de um período no qual a justiça privada (feita pela força física) ainda era, de certo modo, autorizada.

⁷⁴“*Si quid endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito*”.

⁷⁵“*Si quid unciario feonore amplius foenerassit quadruplione luito*”.

⁷⁶AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 70.

⁷⁷Introduzido pela *Lex Aebutia* em 149-126 a.C. e em vigor até a época do Imperador Diocleciano, cerca de 285-305 d.C..

⁷⁸Diz-se abrandado porque o devedor continuou, ainda no período formular, e em certas circunstâncias, a responder pessoalmente (leia-se: fisicamente) pelas obrigações inadimplidas.

⁷⁹E a pena de infâmia correspondia a uma verdadeira morte civil para o cidadão romano.

⁸⁰A idéia de proporcionalidade (o valor a ser constrito deve guardar pertinência com o valor do débito em aberto) só veio a lume com a *Distractio Bonorum*, datada do século II a.C..

Tratava-se a *missio*, segundo Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, de mais um “meio eficaz de coação da vontade, destinado a compelir o devedor recalcitrante ao pagamento, tendo em vista os danos resultantes de sua recusa em adimpli-lo”⁸¹.

Fica fácil constatar, com a pequena digressão até aqui realizada, que os meios coercitivos existentes no direito romano à época do *ordo*, apesar do alto grau dissuasivo, não existiam para dar efetividade às tutelas específicas⁸². E por quê?

Por uma simples razão: no período aqui examinado o provimento entregue pelo *iudex* sempre impunha ao sucumbente a obrigação de pagar certa quantia, pouco importando a natureza da pretensão exercitada pelo autor.

Mesmo que o demandante viesse a Juízo reclamar do descumprimento de uma obrigação de fazer assumida pelo réu e o *iudex* considerasse a pretensão justa, não havia como se coagir o demandado a praticar o ato inadimplido; o julgador se limitava a estimar o valor do prejuízo experimentado pelo autor com a recalcitrância do réu, determinado que ele indenizasse, monetariamente, o demandante. A condenação, qualquer que fosse a natureza da pretensão, era exclusivamente pecuniária.

Como bem aponta Eduardo Talamini, “não se concebiam condenação e execução específicas. Obrigações de entrega de coisa, de fazer e de não fazer convertiam-se em pecúnia, através de procedimento intitulado *arbitrium litis aestimandi*”⁸³.

⁸¹AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 134.

⁸²Vale a pena, aqui, lembrar a ressalva feita (também em nota de rodapé) ao cabo do primeiro capítulo do presente estudo: a terminologia contemporânea “tutela específica” é utilizada como designativo de institutos assemelhados (existentes nos pretéritos sistemas romano e lusitano) apenas para facilitar a exposição do tema. Queremos, com a ressalva aqui consignada, deixar claro que os romanos e os portugueses, nos períodos analisados, por certo não entendiam (e não concebiam) a “tutela específica” da forma como ela é hoje concebida (e entendida). A terminologia “tutela específica”, em suma, quando utilizada para designar institutos pretéritos, deverá ser entendida com as reservas históricas pertinentes.

⁸³TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 44.

Somente no período da *extraordinaria cognitio* (convencionalmente fixado em 27 a.C.) é que "se abandona a vetusta regra de que a *obligatio iudicati* sempre se traduzia em valor pecuniário, para adotar-se a *condemnatio in ipsam rem*"⁸⁴.

Não foi essa sensível e importante modificação, entretanto, que veio possibilitar a entrega das tutelas referentes às obrigações de fazer e não fazer⁸⁵. Na verdade, a experiência jurídica romana só chegou a conhecer figura semelhante às tutelas específicas com os interditos⁸⁶.

Fundados no poder de *imperium* dos magistrados, os *interdicta* consubstanciavam-se em ordens expedidas pelos pretores a pedido de um particular para que outro fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa. Inicialmente idealizado para a proteção da posse da propriedade conquistada, o instituto passou, em curto espaço de tempo, a atender outras finalidades: os interditos restituitórios e exibitórios vinculavam uma obrigação de fazer (que poderia recair sobre uma *res* ou sobre uma pessoa), ao passo que o interdito proibitório, como outra face da moeda, vinculava uma obrigação de abstenção.

O procedimento dos interditos era totalmente diferenciado. A cognição era sumária e provisória: o pretor, ao receber o reclamo (que era oral) nada mais fazia do que examinar os pressupostos de fato para, em seguida, conceder ou denegar o pleito interdital. Interessantemente, a ordem interdital, figura que mais se assemelhava ao instituto da tutela específica, vinha desacompanhada de medidas coercitivas. Se o cidadão destinatário do comando cumprisse espontaneamente a determinação, a questão encerrava-se. Recusando-se, entretanto, a atender a ordem do pretor, nenhuma sanção lhe era imediatamente cominada. Somente se o requerente da tutela interdital provocasse a instauração de um

⁸⁴TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 141. Segundo os referidos doutrinadores, a tendência "da condenação *in natura* foi se acentuando durante o principado, sobretudo porque a *aestimatio* da coisa litigiosa, em razão de sucessivas crises sociais que provocavam a desvalorização da moeda, não mais lograva reestabelecer o necessário equilíbrio econômico entre as partes" (página 141).

⁸⁵Na verdade, a indigitada inovação apenas veio possibilitar que um hipotético cidadão, que houvesse pago o preço de um determinado bem corpóreo, demandasse a entrega do próprio bem (e não do seu equivalente pecuniário).

⁸⁶Apenas para melhor compreensão, apesar de termos feito breve alusão ao período da *extraordinaria cognitio* no precedente parágrafo, ainda estamos situados (ao analisar os *interdicta*) dentro do período formular, do *ordo iudiciorum privatorum*.

processo “ordinário”⁸⁷, denominado *actio interdicto* (no qual se discutiria o cumprimento/descumprimento e o acerto/desacerto da ordem pretoriana) é que a parte recalcitrante poderia vir a ser sancionada pela não observância da precedente ordem.

Como bem salientam Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, nessa “segunda fase” (da *actio* propriamente dita) é que o autor:

[...] provocava o réu a uma *sponsio* – que constitui numa importância pecuniária – por ele ter desacatado a ordem emitida pelo pretor; e, por sua vez, o réu também estipulava, para defender-se, outra *sponsio* (*restipulatio*). Aquele que não tivesse razão perdia, a título de pena, a importância da *sponsio*, e se fosse o réu, deveria ainda restituir ou exhibir a coisa.⁸⁸

Esse processo interdital, que guardava certa semelhança com as tutelas específicas, acaba sendo suprimido no período da *extraordinaria cognitio*⁸⁹ para ser revisitado, séculos após, pelo direito português⁹⁰.

2. - SISTEMA LUSITANO.

O processo de recepção do direito romano em solo reinol não se deu, como se pode intuir, de forma imediata e tranqüila. O direito justinianeu (*rectius*: o *utrumque ius*) percorreu longo e árduo percurso, passando primeiramente por terras castelhanas, até atingir o território português, que, em período imediatamente anterior à recepção⁹¹, era composto por uma infinidade de descentralizados e auto-suficientes “feudos”, com tradição consuetudinária (avessa, portanto, à tradição codicista e centralizadora do direito romano).

⁸⁷O vocábulo “ordinário” não é, nesta oração, empregado no sentido técnico-processual, mas sim no sentido vulgar, significando “comum”, “não especial”, “não diferenciado”.

⁸⁸TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 115.

⁸⁹Como visto anteriormente, a *extraordinaria cognitio* acabou com a dicotomia processual (*in iure e apud iudicem*), dando início a um processo oficializado do começo ao fim (prescindindo, por isso mesmo, dos meios complementares de tutela pretoriana – dentre os quais se incluíam os *interdicta*).

⁹⁰Restringiremos a análise dos antecedentes históricos da tutela específica e da coerção (como forma de obtenção de uma determinada prestação em Juízo) aos sistemas romano e lusitano porque os referidos ordenamentos formaram (e ainda formam) o alicerce do nosso direito. Ademais, o direito francês e o direito anglo-saxão, dos quais advêm, respectivamente, as *astreintes* e o *Contempt of Court* (institutos assemelhados à multa coercitiva pátria) serão minudentemente analisados nos capítulos "IV.I." e "IV.II."

⁹¹Referimo-nos, aqui, ao período da Reconquista.

José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo destacam a existência, nessa época, de “alguma resistência de natureza política à recepção, visto que o direito romano representava inicialmente o ordenamento do *Sacrum Imperium* que, *de iure*, proclamava sua supremacia sobre todo o mundo cristão”⁹².

Os autores vão além, apontando a queda de braço existente entre “a monarquia, instando por centralizar em suas mãos os poderes da administração, e, de outro, a nobreza, opondo-se ferreamente à perda de seus privilégios”⁹³, consignando que, nessa batalha, a autoridade do rei nem sempre consegue prevalecer.

Somente no reinado de D. Dinis⁹⁴, que manda traduzir as *Flores de las Leyes*⁹⁵ e as *Siete Partidas*, o direito romano-canônico começa a ser de fato introduzido em solo reinol. Nas sintéticas, porém significativas, considerações de Nuno Espinosa, o direito comum haveria de ser aplicado em solo português mais hora, menos hora: “queria-o a Igreja, queria-o o Rei”⁹⁶.

Com a revisitação do direito romano, as regras interditas anteriormente mencionadas voltam a ter aplicação (tendo, inclusive, âmbito mais alargado de incidência). Nas Ordenações Afonsinas⁹⁷, de 1446, podemos verificar, com clareza, a possibilidade de a

⁹²AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 201.

⁹³AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, páginas 200 e 201.

⁹⁴1279/1325.

⁹⁵Escrito por Jácomo Rui, conhecido como Mestre Jacob *de las leys*, datado de 1258. Tratava-se de uma espécie de “manual”, no qual o autor explicava, de forma professoral, os mais importantes institutos processuais.

⁹⁶SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2006, página 260. O grau de influência do direito comum, que foi timidamente penetrando em solo reinol, foi tão grande que Braga da Cruz chegou a destacar, em sua obra, que parcela dos julgadores simplesmente adotava o direito romano, em absoluto desprezo à legislação nacional. Nesse sentido, o seguinte trecho: “apesar dos abusos que os tribunais frequentemente cometiam, aplicando por vezes o direito romano com menosprezo do direito nacional [...]” (CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português - Estudos de história do direito - Direito moderno**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1981, página 350).

⁹⁷As Ordenações Afonsinas são um inegável monumento legislativo, não só por terem sido o primeiro Código da Europa e por terem fixado o formato organizacional que seria praticamente copiado pelas vindouras Ordenações do reino, mas também, e principalmente, por terem modificado o quadro jurídico até então vigente. As primeiras Ordenações do reino português, à semelhança das Decretais de Gregório IX, achavam-se divididas em cinco livros. Estes, por seu turno, eram divididos em Títulos, que eram compostos de parágrafos. O Livro I tratava dos regimentos dos cargos públicos; o Livro II era o mais heterogêneo, veiculando questões atinentes à igreja, à situação dos clérigos, aos direitos do rei, aos privilégios da nobreza, entre outros; o Livro III, composto de 128 títulos, ocupava-se do processo civil; o Livro IV trazia a matéria atinente ao direito civil e o Livro V, como não poderia deixar de ser, versava sobre direito penal e processo penal.

parte requerer ao Juízo o forçado desempenho de obrigações de fazer e não fazer. No Livro III, Título 80, §6º, por exemplo, se dispunha que:

No terceiro caso, honde tratamos dos autos nom começados, mais cominatorios, dizemos que a parte, que se teme ou recea ser aggravada, se pode socorrer aos Juizes da terra, improrando seu officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal aggravo.

Segundo Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “encontra-se aí a fonte histórica mais próxima dos interditos proibitórios, nunciação de obra nova e até do mandado de segurança”⁹⁸. A constatação feita pelos citados autores fica irrefutável, se analisarmos o conteúdo do §8º:

E em tal apelaçam, ou prestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a causa verisimil e resoada, por que assy apelou, ou protestou, como dito he nas outras apelaçoens. Pode-se poer por exemplo: eu me temo de algum, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim, e minhas cousas delle, a qual segurança me dever dar; e se depois della eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e restituir todo o que foi cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquelle que a quebrantou, e menos presou seu poderio.

Asdrubal Franco Nascimbeni, com arrimo nas lições de Manuel de Almeida e Souza de Lobão, destaca que:

[...] apesar de, aparentemente, a Ordenação Afonsina indicar apenas uma tutela cuidando do dever de abstenção para proteção da integridade da pessoa e da posse, acabou havendo uma extensão muito mais ampla na utilização dos preceitos cominatorios, passando a abranger não apenas

⁹⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 80.

peças e coisas, mas também pessoas e direitos em geral, tais como a proteção dos direitos reais, hereditários e obrigacionais, entre outros.⁹⁹

As Ordenações Manuelinas, sucessiva codificação, vieram a lume em um momento de grande fervor, causado pelas grandes navegações. Enquanto a notável expansão ultramarina lusitana impulsionava o crescente mercantilismo, dando ares de modernidade ao reino, o Monarca português ainda se via travando incessante luta com os senhores feudais, tentando, de todas as maneiras, arrematar a centralização de poder iniciada com D. João II¹⁰⁰.

Não se sabe, ao certo, quem teria sido o responsável pela finalização das Manuelinas, embora saibamos que a elaboração do novo diploma fora confiada ao Chanceler-Mor Rui Boto e a seus dois auxiliares, Rui de Grã e João Cotrim.

As Ordenações tiveram duas edições¹⁰¹. A primeira datada de 1514. A segunda, de 1521, acabou sendo introduzida por haver necessidade de se dissipar algumas antinomias que passaram a existir com a promulgação do Regimento e Ordenações da Fazenda, em 1516.

Embora não se tenham verificado grandes modificações estruturais nesse novo diploma em comparação com as precedentes Afonsinas, houve um grande avanço com a simplificação da forma de articulação do discurso jurídico (as Manuelinas deram um

⁹⁹NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, página 37. Tal entendimento é endossado por Eduardo Talamini, que, referindo-se às Ordenações como um todo (e não apenas à Afonsina), afirma: “conquanto a Ordenação parecesse indicar apenas uma tutela impositiva de dever de abstenção, e a exemplificação nela contida concernisse apenas à proteção da integridade pessoal e da posse, estabeleceu-se largo domínio de emprego dos preceitos cominatórios. Afirmava-se o caráter não exaustivo” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 107).

¹⁰⁰Pode-se afirmar, sem medo de errar, que a legislação foi uma das mais eficazes ferramentas utilizadas por D. Manuel com vistas à concretização da centralização há tanto almejada. A eliminação dos forais e a introdução de uma nova Ordenação, que pôde ser disseminada de forma mais abrangente com a recente descoberta da imprensa (1487), fizeram com que Portugal fosse a primeira Monarquia européia a se centralizar. Os avanços ultramarinos e o crescente sucesso mercantilista não foram, entretanto, suficientes para que a Monarquia absolutista portuguesa coibisse os demasiados privilégios gozados pela nobreza e pelo clero. A insatisfação da aristocracia fez com que D. Manuel subisse ao trono em um ambiente hostil, logo após o assassinato de D. João II. O turbulento momento histórico não impediu, entretanto, que o referido Monarca ficasse conhecido como “o felicíssimo”.

¹⁰¹Nos dois diplomas o direito romano-canônico continuou tendo presença marcante.

grande salto ao adotar como regra o estilo decretório, que era a exceção na Ordenação de 1446).

No que diz respeito aos interditos propriamente ditos, pode-se dizer que as Ordenações Manuelinas praticamente repetiram a regra do antecedente diploma, disciplinando-os nos §§5º a 7º do Título 62 do Livro III:

5. E quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que nom sam começados, mas cominatorios, Dizemos, que a parte que se teme ou recea seer agravada per a outra parte, se pode socorrer aos Juizes da Terra, implorando seu Officio, que o provejam como lhe nom seja feito agravo.

6. E poderá ainda fóra do Juizo apellar de tal cominaçam, convem a saber, podendo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando da sua parte a aquelle de que se teme seer agravado, que tal agravo lhe nom faça. E se despois do dito requerimento, e protestaçam assi feita, for alguma novidade cometida, ou atentada, mandará o Juiz (se for requerido) tornar, e restituir todo ao primeiro estado, e em tal protestaçam será inserta, e declarada a causa verisimel e razoada, por que assi protestou; pode-se poer exemplo, se alguu se temer d'outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razam ocupar, e tomar suas cousas, elle poderá (se quiser) requerer ao Juiz, que se sure a elle e a suas cousas do outro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se despois della elle receber ofensa daquelle de que foi seguro, restituilo-ha o Juiz, e tornará todo o que foi cometido e atentado despois da dita segurança dada, e mais procederá contra aquelle que a quebrantou, e menos prezou seu mandado, como achar per Direito.

7. E se alguu nom quiser hir diretamente ao Juiz, póde fóra do Juizo protestar a aquelle de que se recea seer ofendido na pessoa ou bens, sometendo-se, e poendo-se sub o poderio do Juiz, requerendo da sua parte que lhe nom faça tal ofensa, declarando alguma justa causa e verisimel razam em que se funda fazer a dita protestaçam; e se despois que ella assi for feita, d'elle receber alguma ofensa em seus bens, o Juiz da Terra sendo requerido per elle, e enformado soamente da dita protestaçam, mandará loguo todo tornar ao primeiro estado em que ante estava, e se lhe for feita ofensa na pessoa procederá contra elle asperamente, assi como contra

aquelle, que cometteo cousa grave, e desprezou o requerimento que lhe foi feito por parte da Justiça.

A preferência pelo desempenho da tutela específica (em detrimento do sucedâneo das perdas e danos) fica evidenciada com a repetida orientação dirigida ao juiz no texto legal transcrito: deveriam ser adotadas, em caso de resistência por parte do réu, providências que conduzissem as partes ao estado anterior à realização do ato ilegal¹⁰².

A terceira e derradeira Ordenação do Reino (a Filipina) é o diploma legal lusitano mais conhecido, seja por ter sido o texto que por mais tempo vigorou (de 1603 até a entrada em vigor do Código Civil Português, de 1867), seja por ter sido aplicado aqui no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916.

Alguns historiadores sustentam que as Ordenações foram introduzidas no sistema português como uma forte reação à expansão do poder da Igreja com o Concílio de Trento. Outros tantos vislumbram no ato uma fracassada tentativa de se angariar a simpatia do povo lusitano. O fato é que, seja por uma razão, seja por outra, as Ordenações Filipinas acabaram, apenas, reunindo em um mesmo texto legal as disposições da precedente Ordenação (a Manuelina), a Coleção de Duarte Nunes Leão e as leis que lhe seguiram, sendo consideradas pela doutrina como diploma pouco inovador¹⁰³.

Apesar de em um primeiro momento confessar que as Filipinas primavam pela “falta de clareza” e pela “obscuridade”¹⁰⁴ de muitas de suas disposições, Nuno Espinosa, como voz quase isolada, saiu em defesa das Ordenações. Dizia ele ser equivocado se criticar, em demasia, a feição “não inovadora das Ordenações”:

¹⁰²Nesse sentido as seguintes passagens:

“§6 [...] E se depois do dito requerimento, e protestaçam assi feita, for alguma novidade cometida, ou atentada, mandará o Juiz (se for requerido) tornar, e restituir todo ao primeiro estado”;

“§6 [...] e se depois della elle receber ofensa daquelle de que foi seguro, restituilo-ha o Juiz, e tornará todo o que foi cometido e atentado”; e

“§7 [...] o Juiz da Terra sendo requerido per elle, e enformado soamente da dita protestaçam, mandará loguo todo tornar ao primeiro estado em que ante estava”.

¹⁰³A título exemplificativo: HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. Lisboa: Bertrand, 1980; CAETANO, Marcello. **Lições de história do direito português**. Coimbra: Coimbra, 1962; e VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 89, São Paulo, 1994.

¹⁰⁴SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2006, página 366.

Em primeiro lugar, cumpre atentar no facto de a própria cultura jurídica se encontrar em situação de crise, no rescaldo da investida humanista contra o direito romano; em segundo lugar, a preocupação política de Felipe I de não ferir as susceptibilidades dos novos súditos, levava-o a não querer bulir na estrutura e conteúdo das anteriores Ordenações, a fim de, assim, demonstrar o seu respeito pelas instituições portuguesas.¹⁰⁵

Completando a lição de Nuno Espinosa e ajudando a melhor compreender a ausência de inovações na nova codificação com arrimo no cenário histórico da época, os comentários de José Rubens de Moraes:

O surgimento das Filipinas pode bem ser compreendido como emblemático fenómeno jurídico sociológico da história do direito lusitano e do direito brasileiro, tendo em vista as graves conseqüências deflagradas em Portugal com a tragédia militar de Alcácer-Quibir, em 1577, na qual sucumbiu o jovem monarca Dom Sebastião. Após um curto período de regência, marcado por inúmeras convulsões internas e externas, embora o povo ainda esperasse a volta do rei, que um dia retornaria da batalha, dando origem ao conhecido mito do sebastianismo, viria a culminar com a anexação de Portugal à monarquia espanhola, sob o cetro de Dom Filipe II da Espanha, em 1581, conhecido como Dom Filipe I de Portugal.¹⁰⁶

A Ordenação Filipina cuidou do instituto dos interditos no Título 78, §5º, do Livro III:

E quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não são começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser aggravada per a outra parte, póde recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Officio, que o provejam, como lhe não seja feito agravo. E poderá ainda fóra do Juizo appellar de tal comminação, pondo-se sob o poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte áquelle, de que se tem ser aggravado, que tal agravo lhe não faça. E se depois do dito

¹⁰⁵SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2006, página 366.

¹⁰⁶MORAES, José Rubens de. **Evolução histórica da execução civil no direito lusitano**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, páginas 203 e 204.

requerimento e protestaçoão assi feita, fôr alguma novidade commetida ou attentada, mandará o Juiz (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stato. E em tal protestaçoão será inserta e declarada a causa verisimil e razoada, por que assi protestou: póde-se pôr exemplo: se algum se termer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas; poderá requerer ao Juiz que segure á elle as suas cousas do outro, que o quizer offender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois della elle receber offensa daquelle, de que foi seguro, restituil-o-há o Juiz, e tornará tudo o que foi commetido e attentado depois da segurança dada, e mais precederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar per Direito.¹⁰⁷

Como bem salienta Eduardo Talamini:

Não é difícil extrair desses dispositivos¹⁰⁸ os atributos essenciais da medida, intimamente vinculados aos remédios interditais [...] e à tutela específica, e, portanto, avessos à estrutura meramente condenatória e voltada à conversão em perdas e danos.

Assim: i) a tutela tinha inclusive caráter preventivo ('atos não começados, mas cominatórios'; 'parte que se teme ou receia ser agravada'); ii) desenvolvia-se cognição sumária ('causa verossímil ou razoada'); iii) o juiz emitia verdadeira ordem ('mandado'; 'segurança'; por-se sob o 'poderio do Juiz'); iv) impunha-se comportamento específico (prover que 'não lhe seja feito tal agravo'; mandar 'tornar e restituir ao primeiro estado'); v) assegurava-se, em caso de transgressão, a própria restituição ao *status quo ante*, e não a simples compensação por equivalente pecuniário; vi) a transgressão posterior à concessão da tutela era qualificada como afronta à autoridade judicial ('quebrantou a segurança'; 'menosprezou seu mandado'; menosprezou seu poderio'), e, por isso contra o transgressor haveria de se proceder, à parte a restituição.¹⁰⁹

¹⁰⁷Percebe-se pelo texto que, excetuada a evolução lingüística, a disposição das Filipinas pouco difere daquela constante das primeiras Ordenações (as Afonsinas).

¹⁰⁸No trecho citado o autor se refere não apenas aos dispositivos das Ordenações Filipinas mas também aos comandos legais das precedentes Ordenações.

¹⁰⁹TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 106.

Irretocável a lição. O direito codificado reinol, abeberando-se do inesgotável manancial dos interditos romanos, sempre autorizou - e de certo modo sempre incentivou -, desde as Afonsinas, a busca da tutela específica.

O procedimento para a outorga da tutela de fazer ou não fazer era essencialmente o mesmo nas três Ordenações. A parte provocava o magistrado que, julgando haver verossimilhança nas alegações autorais e razoabilidade no pedido, determinava, em sede de cognição sumária, a expedição de mandado, instando o réu a realizar a prestação reclamada e cominando-lhe pena para o caso de descumprimento.

O demandado podia se opor à determinação cominatória, apresentando-se à audiência designada e fazendo uso dos embargos. Esses embargos, que ficaram conhecidos como “embargos à primeira”, suspendiam a eficácia cominatória da pretérita determinação judicial, instaurando um processo com cognição exauriente.

O direito reinol tal qual delineado, identificado com a tutela específica, imune às influências da Revolução Francesa e desconhecedor das inovadoras idéias contidas no Código Napoleônico, foi o que aqui aportou.

O que queremos deixar consignado, com a afirmativa feita no precedente parágrafo e com o esboço histórico desenvolvido no presente capítulo, é que as alterações pelas quais o direito português viria passar em curto espaço de tempo¹¹⁰ não chegaram ao Brasil (pelo menos não via direito lusitano¹¹¹).

Pode-se concluir, pois, que o Brasil recebeu de Portugal um direito afeto às tutelas específicas, veiculadas por intermédio dos preceitos cominatórios¹¹².

¹¹⁰Não só em razão da Revolução Francesa, mas também por conta da invasão do território reinol.

¹¹¹Como afirmado algumas vezes no curso do presente trabalho, as idéias positivadas no Código Napoleônico certamente refletiram no direito pátrio (notadamente no Código de 1916). Essa influência francesa, entretanto, não chegou ao Brasil via direito reinol.

¹¹²Esse era o escopo do presente capítulo: salientar qual caminho a tutela específica e as suas medidas de apoio haviam trilhado até chegar em solo pátrio.

II.I. - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA TUTELA ESPECÍFICA E DA COERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E AS “RECENTES” ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PARA INCREMENTO DO INSTITUTO.

Em Portugal, os preceitos cominatórios, nos exatos moldes anteriormente explicitados, tiveram a aplicação restringida em 1841, sendo extintos, em definitivo, pelo Código de Processo Civil de 1939¹¹³.

No Brasil, contudo, a cominatória teve vida mais longa. Entretanto, como o famoso Regulamento 737/1850, instituído para disciplinar as causas comerciais, acabou não fazendo expressa alusão aos referidos preceitos, o instituto acabou tendo âmbito de aplicação reduzido (circunscrito às causas cíveis¹¹⁴).

Pouco tempo após a entrada em vigor do Regulamento 737, a Consolidação Ribas¹¹⁵ veio ratificar a cominatória (também conhecida por "embargos à primeira"), dispondo sobre sua dupla finalidade (possessória e pessoal) e mantendo a estrutura procedimental monitória até então vigente¹¹⁶.

¹¹³Vale a pena salientar, mesmo que a título de nota, que, mais à frente (mais especificamente em 1983), acabou sendo introduzido no Código Civil Português, por intermédio do Decreto-Lei 262, de 16.06.1983, o artigo 829-A, que instituiu a figura da “sanção pecuniária compulsória” (técnica coercitiva assemelhada à multa coercitiva brasileira, destinada a obter do devedor recalcitrante o cumprimento específico das “obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo”). Como bem destacava Abílio Neto ao comentar o Decreto-Lei 262/83: "Autêntica inovação, entre nós, constituem as sanções compulsórias reguladas pelo artigo 829-A. Inspira-se a do n° 1 desse preceito no modelo francês das *astreintes*, sem todavia menosprezar alguns contributos de outras ordens jurídicas; ficando-se pela coerção patrimonial, evitou-se contudo atribuir-se-lhe um carácter de coerção pessoal (prisão) que poderia ser discutível face às garantias constitucionais. A sanção pecuniária compulsória visa, em suma, uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis. Quanto se trate de obrigações ou de simples pagamentos a efectuar em dinheiro corrente, a sanção compulsória - no pressuposto de que se possa versar sobre quantia certa e determinada e, também, a partir de uma data exacta (a do trânsito em julgado) - poderá funcionar automaticamente. Adapta-se, pois, um modelo diverso para esses casos, muito similar à presunção adotada pelo legislador em matéria de juros, inclusive moratórios, das obrigações pecuniárias, com vantagens de segurança e certeza para o comércio jurídico" (NETO, Abílio. **Código de Processo Civil anotado**. 5. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1983, página 173).

¹¹⁴O Decreto 763/1890, que alargou o âmbito de incidência do Regulamento 737 (fazendo-o aplicável também às relações cíveis), nada dispôs sobre a demanda cominatória (que, exatamente por falta de expressa previsão, continuou restrita às causas cíveis).

¹¹⁵Aprovada por Resolução Imperial em 1876.

¹¹⁶Ou seja, como já acontecia nas Ordenações do Reino, o réu continuava tendo a possibilidade de sustar o mandado cominatório: bastava comparecer na audiência designada e opor embargos.

A descentralização processual havida com a Constituição de 1891¹¹⁷ fez com que a ação cominatória fosse retirada da maioria dos diplomas processuais. A título meramente ilustrativo, os Códigos de Minas Gerais e de Santa Catarina simplesmente deixaram, por exemplo, de prever o instituto. O Código do Ceará, por outro lado, ratificou a cominatória, disciplinando-a nos artigos 391 a 401. O Código de São Paulo, a seu turno, ficou no "meio termo", prevendo a possibilidade das cominatórias apenas em taxativas e reduzidíssimas hipóteses.

O Código de Processo Civil de 1939 voltou a unificar a matéria processual em um só diploma, disciplinando o preceito cominatório nos artigos 302¹¹⁸ e seguintes. A estrutura procedimental da “nova” ação cominatória, contudo, não diferia daquela herdada das Ordenações Filipinas. Deferida a ordem pleiteada pelo autor, o réu era citado para, em dez dias, desempenhar a prestação reclamada, sob pena de incidir nas cominações legais ou contratualmente previstas. Se o descumprimento do preceito ou a ausência de defesa davam ensejo ao imediato julgamento do feito, a contestação, por outro lado, suspendia a eficácia do mandado judicial e transformava o rito do feito em ordinário.

Um dos destaques, nesta nova regulamentação, ficava por conta da louvável generalização proposta no inciso XII, que dispunha ser possível a outorga da tutela

¹¹⁷Que outorgou aos Estados a competência para legislar sobre processo.

¹¹⁸“Artigo 302 – A ação cominatória compete:

I – ao fiador, para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança;

II – ao fiador, para que o credor acione o devedor;

III – ao deserddado, para que o herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveite a deserdação, prove o fundamento desta;

IV – ao credor, para obter reforço ou substituição de garantia fidejussória ou real;

V – a quem tiver direito de exigir prestação de contas ou for obrigado a prestá-las;

VI – ao locador, para que o locatário consinta nas reparações urgentes de que necessite o prédio;

VII – ao proprietário ou inquilino do prédio, para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, o sossego ou a saúde dos que o habitam;

VIII – ao proprietário, inclusive o de apartamento em edifício de mais de cinco (5) andares, para exigir do dono do prédio vizinho, ou do condômino, demolição, reparação ou caução pelo dano iminente;

IX – ao proprietário de apartamento em edifício de mais de cinco (5) andares para impedir que o condômino transgrida as proibições legais;

X – à União ou ao Estado, para que o titular do direito de propriedade literária, científica ou artística reedite a obra, sob pena de desapropriação;

XI – à União, ao Estado ou ao Município, para pedir: a) a suspensão ou demolição da obra que contravenha a lei, regulamento ou postura; b) a obstrução de vales ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro interesse público;

XII – em geral, a quem, por lei ou por convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo” (redação do artigo 302 do Código de Processo Civil de 1939).

cominatória a quem “por lei ou por convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”. Outra inovação digna de menção se referia ao apartamento dos interditos proibitórios, que passaram a ser disciplinados em dispositivos diferenciados¹¹⁹.

Subtraindo, entretanto, muito da efetividade esperada, o Código dispunha que somente a sentença final, que eventualmente confirmasse a liminar¹²⁰ decisão cominatória, poderia ser executada (execução essa a ser processada em autônomo e subseqüente processo).

Outro ponto frustrante dizia respeito à impossibilidade da multa pecuniária cominada para o desempenho de obrigações de fazer infungíveis ultrapassar o valor da prestação exigida em Juízo (artigo 1.005). Como bem salienta Eduardo Talamini, a cominatória do Código de 1939, com a roupagem acima delineada, não se apresentava efetiva.

[...] apenas em específicas hipóteses existiam adequadas cominações (v.g., o descumprimento da determinação de reforço de garantia pessoal ou fidejussória [inc. IV] geraria, em certas hipóteses, o vencimento antecipado da dívida; a não prestação de contas pelo devedor [inc. V], acarretaria a imposição da apresentada pelo credor). Na maioria dos casos, faltavam adequados mecanismos coercitivos que conferissem eficácia à ação cominatória. Recaía-se no regime previsto no Código Civil de 1916: conversão em perdas e danos e (ou) a sub-rogação em terceiro, às custas do devedor [...].¹²¹

¹¹⁹Enquanto as tutelas relativas às prestações de fato ou abstenção de ato eram reguladas pelos artigos 302 a 310, os interditos vinham disciplinados nos artigos 377 a 380. A disciplina apartada não se fez por mero capricho ou por questões meramente topográficas: os interditos tinham disciplina muito mais efetiva. A contestação apresentada pelo réu não suspendia a determinação cominatória, tampouco tornava ordinário o feito (como, de resto, ocorria com as determinações expedidas com base no artigo 302).

¹²⁰O termo “liminar” deve ser restritamente interpretado, sendo entendido apenas e tão somente como decisão proferida *initio litis*.

¹²¹TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 115.

A despeito de ideologicamente preferir o desempenho das obrigações pactuadas ou legalmente impostas¹²², o Código se ressentia de um verdadeiro mecanismo de pressão psicológica. Como bem salienta Silvio Rodrigues:

[...] a jurisprudência dos tribunais brasileiros sempre se mostrou hesitante na aplicação desses dispositivos [...] preferindo ater-se à sistemática do Código Civil, em que o inadimplemento se resolvia, em regra, no pagamento de perdas e danos.¹²³

O Código de 1973 tentou introduzir esse mecanismo de pressão ao dispor, no artigo 287, que seria cominada “pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença” “se o autor pedisse a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”¹²⁴.

Afirmamos que o Código “tentou” introduzir um mecanismo de pressão, mas, infelizmente, não conseguiu. O insucesso se deveu à impertinente ressalva de que a pena pecuniária a ser cominatoriamente imposta incidiria apenas para o caso de descumprimento de sentença. Aniquilando, na prática, a possibilidade de a multa ser cominada *initio litis*, o Código também acabava por aniquilar a possibilidade de a parte buscar a tutela específica em Juízo.

O artigo de lei continha uma série de falhas: além de expressamente dispor que a multa só incidiria a partir do descumprimento da sentença¹²⁵, ele ainda impossibilitava a imposição *ex officio* da cominação pecuniária¹²⁶ e, sobretudo, confundia conceitos, fazendo expressa menção (i) a “condenação” em dispositivo de lei destinado a disciplinar tutelas específicas¹²⁷ e (ii) a “pena”, ao invés de se referir ao instrumento de pressão como

¹²²Como, de resto, já era da tradição romana e lusitana (vide capítulo "II.").

¹²³Constatação feita por Silvio Rodrigues a partir das lições de Washington de Barros Monteiro em "sua larga experiência de magistrado e com base em julgados que citava" (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral das obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, páginas 37 e 38).

¹²⁴Redação originária do Código Buzaid.

¹²⁵O que, por si só, tornava o dispositivo totalmente inócuo. Inegavelmente, a multa que só passa a incidir a partir de um longínquo evento futuro (descumprimento da sentença) perde muito de sua força intimidadora/coercitiva.

¹²⁶O que era de certo modo compreensível, vez que, na década de setenta, quando o Código veio a lume, o juiz ainda desempenhava um papel menos participativo no processo.

¹²⁷Tutela específica que, como veremos no capítulo "III.", reclama a prolação de um provimento mandamental - e não condenatório.

"multa"¹²⁸. Isso para não falarmos que, pela redação original, o sistema de coerção ficaria restrito apenas às obrigações infungíveis¹²⁹.

Na verdade, o Código Buzaid perdeu uma boa oportunidade de melhorar o sistema. Se é que não piorou¹³⁰, o Código de 1973, no mínimo, manteve os entraves existentes no Código de 1939 à efetiva obtenção da tutela específica.

Com o quadro até aqui pintado fica mais fácil entender por que nas introdutórias notas do primeiro e segundo capítulos do presente estudo fizemos questão de sublinhar que a tutela específica vinha sendo reiteradamente negligenciada pelo nosso ordenamento¹³¹.

Recapitulando o quanto lá consignado, quando constatávamos que o direito pátrio vinha “privilegiando” o sucedâneo das perdas e danos, não estávamos a afirmar, de modo algum, que os diplomas legais que aqui vigeram (e vigem) ignoravam ou excluía a possibilidade de a parte procurar, em Juízo, o desempenho forçado das obrigações de fazer, não fazer, dar ou prestar declaração¹³². Muito pelo contrário. A possibilidade (juridicamente falando) de a parte tentar obter provimento judicial que conduzisse ao desempenho forçado da obrigação inadimplida sempre esteve, em maior ou menor grau, resguardada nos nossos diplomas legais.

A idéia que pretendíamos transmitir com a afirmação de que o que o direito pátrio vinha “privilegiando” o sucedâneo das perdas e danos é que os mecanismos disponibilizados às partes para a obtenção coativa das obrigações de fazer e não fazer vinham se apresentando ineficazes (e a ineficácia dos meios conduzia os jurisdicionados, inexoravelmente, ao caminho das perdas e danos – que deveria ser residual, subsidiário).

¹²⁸E a *astreinte* introduzida pelo artigo 287 do Código Buzaid certamente não se caracterizava como pena (vide, nesse sentido, as considerações desenvolvidas nas introdutórias notas do capítulo "V.").

¹²⁹Com efeito, o artigo 287 expressamente anunciava que a “pena pecuniária” seria aplicada “para o caso de descumprimento da sentença” “se o autor pedisse a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”.

¹³⁰Prova de que o Código, em sua primeira redação, teria piorado a situação das tutelas específicas, encontra-se na lição de Barbosa Moreira, que informa que as partes, órfãs de um sistema cominatório efetivo e sistematizado, começaram a se socorrer das Medidas Cautelares (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva. Temas de direito processual (segunda série)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, página 28).

¹³¹Negligência que levaria, como de fato levou (por certo tempo), à primazia do sucedâneo indenizatório.

¹³²Como expressamente fazia o *Code Napoléon* em seu artigo 1.142, por exemplo.

O primeiro passo para a melhora do sistema não tardou. Pouco mais de uma década depois de editado o Código Buzaid, foi promulgada a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985). O referido diploma legal inaugurou, nos artigos 11 e 12, um eficiente mecanismo¹³³ com vistas à efetiva prestação da tutela específica:

Artigo 11 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de ação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Artigo 12 - Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

[...]

§2º - A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Kazuo Watanabe, um dos idealizadores¹³⁴ da citada Lei, destacava a importância do texto legal acima transcrito, apontando a novidade introduzida no ordenamento:

[...] certamente, está consagrado nesses dispositivos um instituto semelhante ao do *Contempt of Court* dos ordenamentos da *Common Law*. As ordens judiciais, no sistema processual pátrio, devem ser executadas, em linha de princípio, em sua forma específica, sob pena de uso da violência oficial para seu efetivo cumprimento [...].¹³⁵

Prezando pela técnica, a Lei nº 7.347/1985 utilizou o verbo “determinará” (e não “condenará”, como até então dispunha o artigo 287 do Código de Processo de 1973), deixando claro, com o elogioso preciosismo, que a tutela destinada à satisfação das obrigações de fazer e não fazer não pertencia a nenhuma das categorias da classificação trinária (ou ternária) das tutelas/sentenças.

¹³³Que viria a ser aperfeiçoado no Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁴Em Comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior.

¹³⁵WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 25.

O diploma ainda inovava positivamente ao permitir a fixação *ex officio* da multa coercitiva (artigo 11, *in fine*) e ao restaurar a possibilidade do magistrado “conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia” (artigo 12). A Lei da Ação Civil Pública foi além: ao contrário do que acontecia com os históricos preceitos cominatórios, a apresentação de defesa, nos processos submetidos à novel legislação, não suspenderia (como de fato não suspendia mesmo) a eficácia do provimento liminar (artigo 12, *in fine*).

Infelizmente, a Lei nº 7.347/1985 parou por aí, deixando de disciplinar, de forma mais minudente, alguns importantes aspectos desse novo (*rectius*: aperfeiçoado) mecanismo de obtenção da tutela específica¹³⁶.

Todavia, o que importava, para o momento, era que estava iniciado, com os *supra* citados dispositivos, o processo de valorização das tutelas específicas.

Esse processo sofreu novo impulso com o Código consumerista¹³⁷. Aproveitando o favorável ambiente decorrente da Constituição recém-promulgada¹³⁸, a Comissão instituída pelo Ministério da Justiça¹³⁹ fez inserir no ordenamento, com precisão cirúrgica¹⁴⁰, um verdadeiro sistema¹⁴¹ voltado às obrigações de fazer e não fazer:

¹³⁶Essa empreitada, contudo, seria brevemente desempenhada pelo Código de Defesa do Consumidor (como iremos abordar em seqüência).

¹³⁷Apesar de estarmos transitando da Lei da Ação Civil Pública diretamente para o Código de Defesa do Consumidor, não podemos deixar de consignar que, entre esses dois diplomas, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, promulgado dois meses antes do CDC) que, em seu artigo 213, deu especial tratamento à tutela específica. Interessante notar que o Estatuto mescla um pouco da disciplina adotada pela Lei da Ação Civil Pública (de 1985) com o tratamento mais moderno outorgado pelo Código Consumerista (de 1990). O Estatuto expressamente prevê, no §3º do artigo 213, que “a multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”, repetindo, portanto, a regra do §2º do artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública. Por outro lado, o *caput* do artigo 213 e os seus §§1º e 2º são retratos fiéis do artigo 84, §§3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁸Que, como já salientado no capítulo "I.", valorizou sobremaneira os direitos da personalidade, aumentando ainda mais a necessidade de se ter um sistema que viabilizasse a tutela específica (afinal de contas, os direitos da personalidade são ontologicamente avessos ao mero sucedâneo indenizatório, sendo especialmente afetos à tutela inibitória). Sobre o assunto, a referencial obra de Sérgio Arenhart: ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.

¹³⁹Composta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari.

¹⁴⁰O termo “precisão cirúrgica” é usado com o escopo de demonstrar o meticoloso trabalho realizado pela Comissão, que disciplinou todo o sistema das tutelas específicas em apenas dois artigos e cinco parágrafos.

¹⁴¹Se a Lei da Ação Civil Pública havia inovado ao dispor de mecanismos eficientes para a obtenção da tutela específica, o Código de Defesa do Consumidor foi além, criando um verdadeiro sistema.

Artigo 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Artigo 84 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

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

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

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

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

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

A advertência contida no artigo 83, conjugada com os versáteis mecanismos dispostos no artigo 84 e seus respectivos parágrafos, deixou claro, de uma vez por todas, que o sistema processual brasileiro estava, sim, a admitir todas as espécies de tutelas¹⁴² (fossem elas as clássicas declaratórias, condenatórias e constitutivas ou as controversas executivas *lato sensu* e mandamentais¹⁴³).

A “admissão” de duas “novas formas” de tutela/provimentos jurisdicionais¹⁴⁴ foi, contudo, apenas uma das várias alterações trazidas pela novel legislação. Além de

¹⁴²Ou provimentos jurisdicionais, como prefere parcela da doutrina.

¹⁴³A polêmica questão é aqui apenas mencionada, sendo minudentemente tratada no subsequente capítulo.

¹⁴⁴Que já eram defendidas (em solo pátrio) por Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva. Sobre a questão, vide capítulo "III".

definitivamente desvincular a multa pecuniária das perdas e danos e da própria obrigação perseguida em Juízo (artigo 85, §2º), o texto legal previu uma série de medidas coercitivas no §5º do artigo 84.

No §1º do artigo 85 estatuiu-se, de forma clara e indubitável, a preferência pela busca da tutela específica, sendo possível se recorrer ao sucedâneo das perdas e danos apenas quando o autor expressamente requeresse ou quando a própria tutela ou o seu equivalente não fosse faticamente possível de ser alcançado.

Partindo, pois, da bem sucedida e paradigmática disciplina dada a tais tutelas pelo Código de Defesa do Consumidor, o legislador¹⁴⁵ alterou, por intermédio das Leis nº 8.952/1994 e 8.953/1994, a redação dos artigos 461, 644 e 645 do Código de Processo Civil¹⁴⁶, dando o primeiro passo para a valorização da tutela específica no sistema do Código Buzaid¹⁴⁷.

Como bem sintetizou o professor Milton Paulo de Carvalho: "todo um sistema foi engendrado para tornar eficaz a tutela específica das obrigações de fazer"¹⁴⁸. As palavras escolhidas por Dinamarco para exprimir o seu sentimento com relação às alterações introduzidas pelas leis acima citadas demonstram a importância das modificações:

Com a Reforma do Código de Processo Civil, em 1994, o sistema mudou. A consciência da necessidade de uma conduta do obrigado, para que o resultado seja atingido, e da debilidade e insuficiência do sistema tradicional, inspirou ao legislador a conveniência de excogitar novas

¹⁴⁵A Comissão responsável pela histórica mudança do Código Buzaid era composta por Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover, Athos Gusmão Carneiro, José Carlos Barbosa Moreira, Celso Agrícola Barbi, Humberto Theodoro Júnior, Fátima Nancy Andriighi, José Eduardo Carreira Alvim e Sérgio Fadel, sob a coordenação de Sálvio Figueiredo Teixeira.

¹⁴⁶Entre outros dispositivos legais também modificados.

¹⁴⁷Nesse mesmo ano, também entrou em vigor também a Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), que igualmente previa mecanismos valorizadores da tutela específica.

¹⁴⁸Ainda segundo o autor, "esse sistema visa alcançar o cumprimento efetivo da obrigação de fazer ou de não fazer, admitindo a conversão em perdas e danos somente quando seja impossível o cumprimento da obrigação ou da solução alternativa encontrada pelo juiz. E contém, ainda, disposições para fortalecer essa tutela específica, tais como a exigibilidade das perdas e danos cumulativamente com a da multa (parágrafo 2º do artigo 461), podendo esta ser fixada liminarmente, como previsto nos parágrafos 3º e 4º do citado artigo" (CARVALHO, Milton Paulo de. Alguns aspectos práticos da reforma do Código de Processo Civil. **Revista do Advogado**, n. 46, São Paulo: AASP, ago. 1995, página 24).

técnicas aceleradoras, entre as quais a das multas periódicas pelo descumprimento. Os reformadores do Código sentiram inclusive a grande conveniência de autorizar o juiz, senão de conclamá-lo, a impor ao renitente as sanções que a lei instituiu, independentemente de pedido específico do demandante e para resguardo dele próprio e da dignidade da autoridade da Justiça.¹⁴⁹

As alterações iniciadas pelos citados diplomas (que, na verdade, importaram o sistema do Código de Defesa do Consumidor para o Código de Processo Civil, com poucas alterações) acabaram sendo finalizadas com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.444, promulgada em 07.05.2002¹⁵⁰.

A atual redação dos artigos 287¹⁵¹, 461¹⁵², 461-A¹⁵³ (além dos artigos 621, 644 e 645) do Código de Processo Civil inegavelmente privilegia a tutela específica.

¹⁴⁹DINAMARCO. Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, páginas 242 e 243.

¹⁵⁰Vale a pena notar que mais recentemente as Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006 deram nova redação a diversos dispositivos (revogando algumas disposições, inclusive) atinentes à execução das obrigações de fazer e não fazer consignadas em títulos executivos extrajudiciais (a atual disciplina de tal procedimento será abordada oportunamente).

¹⁵¹“Artigo 287 - Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º, e 461-A)”.

¹⁵²“Artigo 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

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

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

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

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

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

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

¹⁵³“Artigo 461-A - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§1º - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, esta a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

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

Ricardo Nemes de Mattos, em dissertação específica sobre o tema, conclui que:

[...] as reformas paulatinamente derrogaram o dogma *nemo ad factum*, visto que foram afastando a impossibilidade de pressão sobre o devedor para o cumprimento específico da obrigação, primeiro das que objetivavam um fazer e não fazer (introdução do artigo 461 no Código de Processo Civil) e depois sua extensão para os que objetivavam a entrega de coisa (artigo 461-A).

As mudanças colocadas em vigor no sistema processual colocaram a possibilidade de conversão do descumprimento de tais obrigações em perdas e danos como hipótese final e, adstrita a impossibilidade material do cumprimento, podendo-se dizer que foi invertido por completo o conteúdo do artigo 1.142 do Código Civil Francês.¹⁵⁴

A multa coercitiva, convencionalmente denominada pela doutrina e jurisprudência pátrias como *astreintes* (em referência feita ao assemelhado instituto francês), por ser a principal medida de apoio à consecução das tutelas específicas (obrigações de fazer, não fazer e dar), será estudada com minudência nos subseqüentes capítulos.

¹⁵⁴MATTOS, Ricardo Nemes. **Estatuto da execução específica**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, página 59.

III. - AINDA SOBRE A VALORIZAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA - APROXIMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AO DIREITO MATERIAL (A QUESTÃO DA CLASSIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS).

Como vimos no introdutório capítulo do presente trabalho, a conjunção de diversos fatores¹⁵⁵ fez com que a comunidade jurídica começasse a clamar por um sistema que, de fato (e não apenas ideologicamente), tutelasse os direitos previstos na codificação material, colocando o sucedâneo das perdas em danos¹⁵⁶ em seu devido lugar¹⁵⁷.

Após demorada maturação, esse reiterado clamor redundou, como verificamos no capítulo "II.I", em diversas alterações legislativas, primeiramente operadas em diplomas específicos¹⁵⁸ e, posteriormente, inseridas no próprio Código de Processo Civil.

Essas inovações/adaptações¹⁵⁹ legislativas, por terem potencializado a obtenção da tutela específica em Juízo, inegavelmente aproximaram o direito processual do direito material. A partir da novel legislação, o credor, prejudicado com o inadimplemento de uma dada prestação, não mais precisaria se contentar em receber o equivalente monetário da obrigação, podendo buscar em Juízo, com eficazes armas, a satisfação da prestação originariamente contratada.

A "adaptação" do direito processual às necessidades do direito material fez com que os citados ramos do direito voltassem a se conjugar, a se complementar.

¹⁵⁵Dentre os quais, por exemplo: (i) a percepção de que a via indenizatória nem sempre repararia de forma integral os danos experimentados (dependendo do direito ameaçado ou violado); (ii) a paulatina conscientização de que o uso de meio coercitivo indireto para o desempenho de obrigação anteriormente assumida não caracterizaria ofensa à liberdade individual; (iii) a constatação de que os direitos transindividuais seriam mais eficientemente protegidos com as tutelas cominatórias (preventivas/inibitórias) do que com os provimentos indenizatórios; (iv) a compreensão de que a conduta ilícita poderia ser objeto de tutela jurisdicional mesmo inexistindo dano; (v) a valorização dos direitos da personalidade (ontologicamente avessos à técnica indenizatória); (vi) a crescente complexidade e efemeridade das relações jurídicas firmadas no mundo contemporâneo; (vii) a inegável realidade de que no mundo globalizado e informatizado o âmbito de difusão dos danos aumenta consideravelmente etc.

¹⁵⁶Que, exatamente por não entregar ao demandante-credor a específica prestação contratada junto ao réu-devedor, acabava se apresentando como uma espécie de tutela menos efetiva (um verdadeiro lenitivo).

¹⁵⁷Ou seja, como alternativa secundária à resolução das lides.

¹⁵⁸Lei de Ação Civil Pública, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

¹⁵⁹Referimo-nos aos diplomas específicos quando falamos em "inovações" e ao Código de Processo Civil quando utilizamos o termo "adaptações".

Pode-se dizer, sem medo de errar, que após um século de inegável afastamento, necessário à afirmação do direito processual como ciência autônoma, o processo passou a servir, mais do que nunca, como instrumento de realização dos direitos materiais¹⁶⁰.

Esse estreitamento, advindo da inserção de uma nova (*rectius*: diferenciada) espécie de tutela (a tutela do artigo 461 do Código de Processo Civil), resgatou e potencializou¹⁶¹ uma antiga polêmica existente entre os processualistas, no tocante à classificação dos provimentos jurisdicionais¹⁶². A sentença exarada pelo magistrado concedendo a tutela específica, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil, poderia ser classificada como condenatória? Como constitutiva? Declaratória?

Conseguiriam os doutrinadores defensores da classificação trinária¹⁶³ encaixar na sua clássica¹⁶⁴ “teoria” a diferenciada espécie de tutela/provimento que parecia estar surgindo com as alterações legislativas destacadas?

Deveria a doutrina revisitar a classificação quinária (que, no direito pátrio, foi primeiramente explorada por Pontes de Miranda)? Haveria um terceiro caminho a ser trilhado?

¹⁶⁰O certo é que o direito processual não pode ser justificado como um fim em si mesmo e que sua existência não tem tarefa a cumprir fora da boa realização do projeto de pacificação social traçado pelo direito material. Este, sim, contém o repositório das normas primárias de viabilização da convivência civilizada. Em lugar, portanto, de afastar-se ou isolar-se do direito material, o que cumpre ao bom direito processual é aproximar-se, cada vez mais, daquele direito a que deve servir como instrumento de defesa e atuação. Muito mais se deve ocupar o cientista do processo em determinar como este há de produzir efeitos práticos na aplicação do direito material do que perder-se em estéreis divagações sobre conceitos abstratos e exacerbadamente isolacionistas do fenômeno formal e, por isso mesmo, secundário dentro do ordenamento jurídico" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, páginas 92 e 93).

¹⁶¹Os vocábulos resgatar/potencializar são utilizados propositadamente: a discussão sobre a classificação ternária ou quinária dos provimentos jurisdicionais é longínqua (remontando a 1914, na doutrina estrangeira, com o alemão Georg Kuttner). Entre nós, é conhecida a teoria proposta por Pontes de Miranda (*in Tratado das ações* (ação, classificação e eficácia). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, Tomo I), de certa forma encampada por Ovídio Baptista da Silva (*in Curso de processo civil – execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. II).

¹⁶²Há quem prefira utilizar o termo “classificação das sentenças” ou “classificação das ações” ou, ainda, “classificação das tutelas”. Para maior aprofundamento sobre a questão atinente à nomenclatura, remetemos ao estudo realizado pelo professor Milton Paulo de Carvalho (CARVALHO, Milton Paulo. Notas sobre uma reclassificação das ações. **Revista do IASP**, ano 10, n. 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2007).

¹⁶³Ou “ternária”, como preferem alguns estudiosos.

¹⁶⁴E até então majoritária.

Para podermos responder ao questionamento necessário se faz repassar, ainda que de forma perfunctória, os conceitos de sentença condenatória, declaratória e constitutiva (únicas espécies de provimentos aceitos unanimemente pela doutrina).

Os processualistas, com arrimo na expressa disposição contida no artigo 4º do Código de Processo Civil, costumam conceituar como declaratória a sentença que se circunscreva a dirimir a incerteza atinente a um fato ou a uma relação jurídica. Seria meramente declaratório, por exemplo, o provimento prolatado em demanda movida por um hipotético devedor que, extrajudicialmente instado a pagar determinada quantia, procurasse, em Juízo, a declaração de inexistência da relação jurídica que teria encorajado o suposto credor a iniciar a injusta cobrança.

Seria declaratória, também, a sentença que reconhecesse, por exemplo, a nulidade de um contrato assinado por pessoa absolutamente incapaz ou a que declarasse a falsidade de uma Escritura de Compra e Venda.

Como se pode inferir, a tutela meramente declaratória, entregue em demandas assemelhadas às acima aventadas, prescindiria (como de fato prescinde) de ulteriores providências para se tornar efetiva. Ela se caracteriza, entre outros, por produzir, por si só, o resultado prático procurado pelo autor: a eliminação da incerteza. Fazendo nossas as palavras de Humberto Theodoro Júnior: "a declaração de certeza esgota a prestação jurisdicional"¹⁶⁵.

É bem verdade, contudo, que após as inovações introduzidas pela Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005, a declaração de certeza pode vir (em alguns casos¹⁶⁶) a não mais esgotar a prestação jurisdicional.

¹⁶⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, página 575.

¹⁶⁶No sentido da observação por nós destacada (de que nem toda a sentença declaratória passou, com o inovador artigo 475-N, I, do Código de Processo Civil, a ter o condão de automaticamente "autorizar" o processo executivo/fase de cumprimento de sentença), o escólio do acima citado mestre mineiro: "Observe-se, porém, que nem toda sentença declaratória pode valer como título executivo, mas apenas aquela que, na forma do art. 4º, I, do CPC, se refere à existência de relação obrigacional já violada pelo devedor. As que se limitam a conferir certeza à relação de que não conste dever de realizar modalidade alguma de prestação (como, v.g., a de nulidade de negócio jurídico, ou de inexistência de dívida ou obrigação) não terão, obviamente, como desempenhar o papel de título executivo, já que nenhuma prestação terá a parte a exigir do vencido" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, página 160).

Como bem destacado pelos professores Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco:

Na ordem processual civil anterior à lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 o autor deveria, para poder depois exigir a satisfação do direito que a sentença declaratória tornou certo, propor nova ação, de natureza condenatória; a sentença declaratória positiva valer-lhe-ia apenas como preceito, tendo eficácia imperativa exclusivamente no tocante à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes. Pelo que dispõe aquela lei, no entanto, a própria declaração da existência de um direito a ser satisfeito pelo réu já tem eficácia de título executivo, podendo ser considerada uma sentença condenatória, ou ao menos ser equiparada a esta - e dispensando pois a propositura de nova demanda destinada a obter o título.¹⁶⁷

A inovação legislativa, que emprestou, em algumas situações, "força executiva" à sentença meramente declaratória, autorizando o litigante a iniciar a etapa executória¹⁶⁸, não alterou, em nosso sentir, a natureza do provimento. A sentença que se circunscreve a dirimir a incerteza atinente a um fato ou a uma relação jurídica continua sendo declaratória e continua a prescindir de ulteriores providências para que se torne efetiva.

Com efeito, a mera possibilidade de o jurisdicionado poder, em certos casos¹⁶⁹, ter acesso a um *plus*, dando seguimento ao feito para executar a sentença declaratória, não quer dizer que tal espécie de provimento tenha passado a necessitar ou a depender de ulteriores providências para se tornar "completo" (mesmo porque, volte-se a frisar, a "executividade" da declaratória é ocasional). A solução da crise de incerteza incidente sobre uma certa relação, um dado fato ou documento (que é o desiderato da ação declaratória) continua

¹⁶⁷CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, páginas 329 e 330.

¹⁶⁸*Rectius*: fase de cumprimento de sentença.

¹⁶⁹Como já destacado em precedente parágrafo, não é toda sentença declaratória que possui "força executiva"; pelo contrário, apenas em excepcionais ocasiões a sentença declaratória passa a ser "automaticamente" exequível. De mais a mais, importante ressaltar que a possibilidade da sentença meramente declaratória ser executada é contestada por parte autorizada da doutrina processual.

sendo alcançado com o provimento jurisdicional prolatado ao cabo do processo de conhecimento, ponto¹⁷⁰.

As sentenças constitutivas, por seu turno, constituem, modificam ou extinguem uma relação, um estado ou uma situação jurídica. São exemplos de tutela constitutiva aquelas que decretam o divórcio de um certo casal, aquelas que rescindem uma dada avença por inadimplemento de uma das partes, as que anulam um hipotético contrato por vício do consentimento (erro, dolo ou coação, por exemplo¹⁷¹) etc¹⁷².

Como se pode ver, assim como as sentenças prolatadas em demandas meramente declaratórias, os provimentos constitutivos prescindem de ulteriores providências jurisdicionais¹⁷³ para que se tornem efetivos. A sentença que decreta a rescisão de um contrato, por exemplo, é bastante para que o contrato seja considerado como rescindido; o provimento que dissolve parcialmente uma sociedade, v.g., é bastante para que a sociedade seja considerada como parcialmente rescindida¹⁷⁴.

¹⁷⁰Essa importante questão, referente à "força executiva" das sentenças meramente declaratórias, por fugir do escopo do presente capítulo, ficará aqui apenas pontuada, sendo brevemente retomada ao cabo desta parte do trabalho. Necessário destacar, contudo, e mesmo que a título de nota, que o "precursor" da teoria da executividade dos provimentos declaratórios foi, ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Teori Albino Zavascki, para quem: "não procede a informação de que a sentença meramente declaratória jamais é título executivo; ela terá força executiva quando contiver certificação de todos os elementos de uma norma jurídica concreta, relativa à obrigação com as características acima referidas", quais sejam, "obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados" (ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. **Revista de Processo**, ano 28, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, página 56).

¹⁷¹Artigos 138 a 155 do Código Civil.

¹⁷²"Existem sentenças constitutivas necessárias quando o ordenamento jurídico só admite a constituição, modificação ou desconstituição do estado ou relação jurídica por via jurisdicional (é o caso da anulação do casamento); e sentenças constitutivas não-necessárias, para a produção de certos efeitos jurídicos que também poderiam ser conseguidos extrajudicialmente: p. ex., a rescisão de contrato por inadimplemento, a anulação de atos jurídicos, etc." (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, página 331).

¹⁷³Atenção especial deve ser dada ao qualificativo vocábulo "jurisdicional". Obviamente que, em certos casos, uma ou outra medida administrativa ou extraprocessual deverá ser adotada pelas partes para que a sentença constitutiva atinja sua plenitude. No caso do divórcio judicial, por exemplo, deverão as partes levar o mandado expedido pelo Juízo ao respectivo cartório de pessoas naturais (para que o assento seja atualizado).

¹⁷⁴O fato da rescisão contratual ter de ser, em algumas hipóteses, averbada à margem da matrícula de um dado imóvel ou registrada em determinado cartório e o fato da parcial dissolução da sociedade ter de ser registrada na Junta Comercial, por exemplo, não infirmam a conclusão de que as tutelas constitutivas prescindem de ulteriores providências para se tornarem efetivas.

Se a conceituação das tutelas declaratória e constitutiva parece ser empreitada de fácil solução (e de fato é), o mesmo não se pode dizer das sentenças condenatórias.

Última espécie de provimento para os adeptos da classificação trinária¹⁷⁵, as sentenças condenatórias suscitaram grande divergência¹⁷⁶ na doutrina¹⁷⁷. Enquanto alguns processualistas defendiam que a tutela condenatória se caracterizaria por uma simples ordem dirigida ao litigante vencido, parcela dos estudiosos advogava a tese de que o provimento condenatório se caracterizaria pela aplicação de uma sanção, enquanto uma terceira corrente entendia que a tutela condenatória seria nada mais nada menos do que a declaração judicial de um ato ilícito (ou da responsabilidade dele decorrente).

A divergência acima noticiada e a inegável complexidade da questão fizeram com que a comunidade jurídica brasileira passasse a adotar¹⁷⁸, majoritariamente, um critério misto para a definição da tutela condenatória.

Diferentemente do que ocorria com as sentenças declaratórias e constitutivas, que eram (e ainda são) definidas pelo seu conteúdo, as tutelas condenatórias passaram a ser conceituadas por seu conteúdo e também pelos efeitos que desencadeavam.

Kazuo Watanabe bem sintetiza o entendimento que acabou predominando na doutrina brasileira. Segundo o citado autor:

Na classe de provimento condenatório a doutrina dominante inclui todos os tipos de provimentos de conhecimento que não se incluam nas de provimento meramente declaratório ou provimento constitutivo¹⁷⁹. E define o provimento condenatório como aquele que afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente de natureza

¹⁷⁵Representada, na doutrina estrangeira, por Giuseppe Chiovenda, Enrico Tulio Liebman e, mais recentemente, por Michele Tarufo, Luigi Comoglio.

¹⁷⁶Excelente referencial para um rápido (porém denso) estudo da polêmica existente no tocante à conceituação das tutelas condenatórias, o trabalho de José Carlos Barbosa Moreira (oriundo da conferência realizada em Foz do Iguaçu, na V Jornada Brasileira de Direito Processual): *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁷⁷Referimo-nos, aqui, preferencialmente aos doutrinadores estrangeiros, notadamente os alemães e os italianos do fim do século XIX/começo do século XX.

¹⁷⁸Não sem antes passar por um longo período de maturação.

¹⁷⁹A definição por exclusão, feita nesse primeiro trecho da transcrição, demonstra a dificuldade de se conceituar, de forma cabal e clara, a tutela condenatória.

processual, que possibilita o acesso à via processual da execução forçada.¹⁸⁰

Detalhando um pouco mais o que os estudiosos entenderiam por provimento condenatório (e, ao mesmo tempo, acentuando a híbrida conceituação do instituto), Cândido Rangel Dinamarco:

Na linguagem de Liebman, a sentença condenatória contém um coeficiente condenatório e, além disso, aplica a vontade sancionatória, valendo por isso como título executivo. Somente nisso ela difere da meramente declaratória, a saber, em sua aptidão a autorizar a execução forçada. A sentença meramente declaratória só declara e a condenatória declara e autoriza a execução, mas as declarações que uma e outra contêm são rigorosamente equivalentes.¹⁸¹

Essa heterogênea forma de conceituação das sentenças condenatórias (pelo conteúdo e pelos efeitos produzidos) recebeu a autorizada crítica feita por Barbosa Moreira. Segundo o professor fluminense:

[...] toda classificação é, antes de mais nada, uma operação lógica. Ora, em qualquer manual elementar de lógica encontram-se várias regras básicas, e uma delas impõe que o critério classificatório seja uniforme. Aplicada à matéria de que estamos cuidando, ele exclui que se possa legitimamente colocar a tônica, para uma classe, no conteúdo da sentença e, para outra, nos efeitos [...]. Em suma: podemos classificar as sentenças de acordo com o conteúdo, ou de acordo com os efeitos. O que decididamente não podemos é passar, no meio do caminho, de um critério para o outro.¹⁸²

¹⁸⁰WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 22.

¹⁸¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Tomo I, página 974.

¹⁸²MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004, páginas 141 e 142.

O fato é que, havendo ou não uma falha no processo classificatório¹⁸³, a doutrina nacional passou a aceitar, com uma certa tranquilidade, a conceituação transcrita (no tocante ao provimento condenatório). Mais: a classificação ternária reinou absoluta.

Uma das poucas vozes a se debelar contra essa ternária classificação em solo pátrio foi Pontes de Miranda. Apoiando-se nas lições de Georg Kuttner¹⁸⁴ e Goldschmidt, o mestre alagoano defendia, já na Codificação de 1939, a existência de uma quarta espécie de provimento: o mandamental.

Para Pontes de Miranda, as sentenças mandamentais se diferenciariam das tutelas condenatórias por conterem uma ordem (e não uma condenação) para o réu¹⁸⁵, a ser atendida sob pena de se caracterizar ofensa à autoridade estatal¹⁸⁶. Diferentemente, pois, das tutelas condenatórias, o não atendimento da ordem contida na sentença mandamental não autorizaria a adoção de medidas sub-rogatórias com vistas à satisfação da parte vitoriosa, mas configuraria ofensa à autoridade estatal do magistrado.

Para o conhecido tratadista, seriam mandamentais as tutelas concessivas de mandado de segurança, as proferidas nos interditos proibitórios, as favoráveis à manutenção da posse e as que acolhessem embargos de terceiro, por exemplo.

A classificação quinária¹⁸⁷ defendida por Pontes de Miranda acabou, contudo (e como já apontado acima), sendo relegada a segundo plano.

¹⁸³Em razão da adoção de diferentes critérios, ora levando-se em consideração o conteúdo do provimento (para a definição do que seriam as tutelas declaratória e constitutiva), ora levando em conta os efeitos por ele desencadeados (para a conceituação do provimento condenatório).

¹⁸⁴Que defendeu o acréscimo de uma quarta categoria de tutela ao observar que o Estado não poderia sofrer uma execução propriamente dita, com os meios sub-rogatórios convencionais (característica marcante das tutelas condenatórias). Segundo o aludido autor, as sentenças dirigidas ao Estado trariam uma ordem ao agente estatal e não uma condenação, sendo ontologicamente diferentes das sentenças condenatórias.

¹⁸⁵Fosse esse réu um particular ou um ente do Poder Público. Vê-se, aqui, uma das grandes diferenças existentes entre a ação mandamental imaginada por Kuttner (que tinha como principal pressuposto a existência de ordem dirigida ao Estado, e apenas ao Estado) e aquela defendida por Pontes de Miranda, na qual pouco importava o destinatário do comando emanado do juiz, sendo relevante, para a caracterização da tutela mandamental, apenas que a autoridade judicial expedisse uma ordem em desfavor de um dos litigantes.

¹⁸⁶MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações** (ações mandamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, Tomo VI.

¹⁸⁷A classificação proposta por Pontes de Miranda ainda incluía, além do provimento mandamental, a tutela executiva (da qual trataremos ao final do presente capítulo).

Dormente durante considerável lapso temporal, veio a ser reavivada (e, por que não dizer, aprimorada) por Ovídio Baptista. O professor gaúcho, partindo das lições constantes dos "Tratados"¹⁸⁸, esclarecia que, para ele, a ação mandamental tinha:

[...] por fim obter, como eficácia preponderante¹⁸⁹ da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado [...]. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.¹⁹⁰

O peso da voz de Ovídio Baptista não foi suficiente para mudar o quadro dominante. A doutrina majoritária continuou negando autonomia às tutelas mandamentais e executivas.

Esse cenário, contudo, começou a ser repensado a partir do momento em que as tutelas específicas começaram a ser valorizadas (leia-se: positivadas) em nosso ordenamento. Os defensores da classificação ternária tiveram inegáveis dificuldades em "encaixar" a tutela preconizada pelos artigos 83/84 do Código de Defesa do Consumidor¹⁹¹ na classe dos provimentos condenatórios.

Voltando um pouco às situações hipotéticas propostas no capítulo "I.", e levando em conta a conceituação alhures fornecida sobre as sentenças condenatórias, indagamos: poderia ser considerado como condenatório o provimento que determinasse que um certo réu se abstinhasse de divulgar informações pessoais ou profissionais desabonadoras a respeito de um dado jurisdicionado?

¹⁸⁸Referimo-nos, aqui, à famosa coletânea de Pontes de Miranda.

¹⁸⁹Ao utilizar o termo "eficácia preponderante" o professor Ovídio Baptista deixou entrever, de modo incontestável, a influência nele exercida por Pontes de Miranda.

¹⁹⁰SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** – execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. II, páginas 335 e 336.

¹⁹¹Diploma que é aqui citado como referência no tema das tutelas específicas (em detrimento das precedentes legislações que também disciplinaram a tutela específica - Lei da Ação Civil Pública e Estatuto da Criança e do Adolescente) por ter sido o primeiro a sistematizá-las.

Poderia ser classificada como condenatória a sentença que obrigasse um certo comerciante a respeitar (e cumprir) a cláusula de não concorrência inserida no instrumento de dissolução parcial de sociedade assinada com o seu ex-sócio? Poderia ser considerada como condenatória a decisão judicial que obrigasse um dado atleta a cumprir o contrato de divulgação assinado com uma certa rede esportiva, por intermédio do qual se obrigara a se apresentar publicamente vestido com as roupas fabricadas pela marca patrocinadora?

As sentenças exaradas com base nos artigos 83 e 84 do Código Consumerista (ou as prolatadas com arrimo no artigo 461 do Código de Processo Civil) aplicariam uma sanção ao réu (como aplicam os preceitos condenatórios)? Teriam como primário efeito a capacidade de desencadear o processo executivo¹⁹² (efeito esse ínsito aos provimentos condenatórios)? Enfim, teriam as mesmas características que as tutelas condenatórias?

Embora a questão sobre a classificação (se trinária ou quinária) ainda seja muito debatida e esteja longe de ser pacificada¹⁹³, autores de escol começaram, à vista das particularidades existentes nas tutelas específicas e inquietados por indagações similares às acima formuladas, a reavaliar seus posicionamentos.

Kazuo Watanabe foi um dos primeiros a reconhecer a autonomia da tutela mandamental¹⁹⁴ ao comentar o então recém-promulgado Código de Defesa do Consumidor:

[...] como será discorrido nos comentários aos arts. 83 e 84 e parágrafos, o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não-fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório na concepção

¹⁹²Em linguagem atual: fase executiva.

¹⁹³Como adverte Barbosa Moreira: "as repercussões dessas mudanças na teoria da classificação das ações suscitam extensa e complexa problemática, que está longe de ver-se enfrentada em sua integral dimensão, e muito mais de ver-se exaurida, nas elaborações doutrinárias, várias delas sem dúvida meritórias, até aqui desenvolvidas" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, página 132).

¹⁹⁴Não exatamente como preconizada por Pontes de Miranda, mas, sem dúvida, com alguns dos traços identificados pelo mestre alagoano.

tradicional), mas abrangerá a expedição de mandamentos ou ordens (ação mandamental).¹⁹⁵

Ao analisar as modificações introduzidas no Código de Processo Civil pelas Leis nº 8.952/1994 e 8.953/1994, quatro anos após a lição acima transcrita, o autor foi mais enfático:

Após perplexidade inicial e resistência causada pela influência da concepção predominante, a meditação e a análise a que procedemos sobre os fenômenos que ocorrem efetivamente na prática processual conduziram-nos, a final, à conclusão de que os provimentos mencionados (mandamental e executivo *lato sensu*) são efetivamente distintos do provimento condenatório, pela própria natureza e também pela forma de sua atuação, e não apenas pelo momento processual em que o ato de atuação do direito é efetivado (execução feita no mesmo processo em que a cognição é estabelecida).¹⁹⁶

No mesmo sentido, a professora Ada Pellegrini Grinover:

Não se desconhecem as críticas da doutrina dominante ao reconhecimento da categoria das sentenças mandamentais - de que já seria exemplo o mandado de segurança -, a qual não guardaria congruência com as modalidades de tutela meramente declaratória, constitutiva e condenatória, por não fundar-se na natureza peculiar da prestação jurisdicional invocada, mas sim numa especial qualidade do destinatário da sentença (funcionário ou agente público). Mas hoje as coisas mudaram: a prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica. Bem o demonstra o teor do §4º do art. 461, que permite ao juiz impor ao obrigado multa diária (desde que suficiente ou compatível com a obrigação), independentemente de pedido do autor: o pedido deste, portanto, terá sido

¹⁹⁵WATANABE, Kazuo. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, página 493.

¹⁹⁶WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 22.

de expedição de uma ordem para que, por meios sub-rogatórios, se chegue ao resultado prático equivalente ao adimplemento. Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (segundo o art. 5º, LXIX, da Constituição vigente), como ocorre no mandado de segurança, mas sim qualquer demandado, titular da obrigação de fazer ou não fazer.¹⁹⁷

Os excertos transcritos comprovam, em suma, que parte abalizada da doutrina constatou que o movimento de valorização (leia-se: positividade) das tutelas específicas demandava a revisão da tradicional classificação ternária¹⁹⁸.

Com efeito, os provimentos exarados pelos magistrados com arrimo nas disposições do artigo 461 e 461-A do Código de Processo Civil¹⁹⁹ pareciam mesmo não pertencer à classe das sentenças condenatórias: enquanto as sentenças condenatórias impunham (como de fato impõem) uma sanção, autorizando o jurisdicionado vitorioso a iniciar a fase²⁰⁰ executória (a ser realizada por meios sub-rogatórios), os provimentos mandamentais impunham (como impõem) uma ordem ao sucumbente, ordem essa a ser atingida, na mesma fase processual²⁰¹, com a "cooperação" do próprio demandado (cooperação essa que, como bem se sabe, não existe nas sentenças condenatórias²⁰²).

No caso do provimento condenatório, o Estado-juiz (com seu poder de *imperium*) substitui, por completo, a atuação do devedor, adentrando em seu patrimônio para satisfazer o interesse do credor - ou seja, o sucumbente não precisa praticar qualquer

¹⁹⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, páginas 263 e 264.

¹⁹⁸Sobre a relação entre a "positividade das tutelas específicas" e o "processo de revisão da classificação da clássica teoria ternária", citamos, em adição às lições até aqui transcritas, o escólio de Cândido Rangel Dinamarco, para quem: "a categoria das sentenças mandamentais, elaborada particularmente na doutrina brasileira do processo civil (Pontes de Miranda), foi de início e até há bem pouco tempo recebida com muita resistência pelos processualistas em geral. A decisiva abertura para seu reconhecimento foi proporcionada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (1990) e, depois, pelo art. 461 que a Reforma implantou no Código de Processo Civil (1994)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, página 245).

¹⁹⁹E artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁰⁰O vocábulo "fase" mais se adequa à nova sistemática executiva, introduzida pela Lei nº 11.232/2005.

²⁰¹Ou seja, inexistente, no caso das tutelas mandamentais, a transposição de etapas/fases/processos.

²⁰²O fato de a cooperação do demandado, nos provimentos mandamentais, ser alcançada por meios de pressão psicológica (ou seja, o fato de o devedor não praticar, espontaneamente, o comando judicial) não invalida o cotejo diferenciador acima realizado.

espécie de ato para que o provimento jurisdicional seja efetivado. No caso do provimento mandamental, a conduta do devedor é relevantíssima - ela é mais do que esperada, ela é quase um pressuposto.

Ora, se a tutela mandamental não impõe sanção (mas sim uma ordem), não autoriza o início da fase executiva, tampouco se processa (pelo menos aprioristicamente²⁰³) por meios sub-rogatórios, obviamente estamos diante de uma nova (*rectius*: diferenciada) espécie de provimento. Cássio Scarpinella Bueno bem sintetiza as idéias que tentamos transmitir com os precedentes parágrafos. Para o autor:

A tutela mandamental, diferentemente das tutelas condenatória e executiva, entretanto, não age por mecanismos sub-rogatórios (indiretos ou diretos, respectivamente) do patrimônio do réu, mas por coerção psicológica exercida sobre ele próprio. O que se busca, por intermédio da tutela mandamental, é obter do próprio destinatário da tutela jurisdicional o que ele deve prestar ou não (em sentido amplo), valendo-se, para tanto, de mecanismos que possam, de alguma forma, influenciar ou incentivar o seu comportamento.²⁰⁴

²⁰³Inegavelmente haverá casos em que a pressão psicológica a ser exercida precipuamente por intermédio da multa coercitiva (as *astreintes*) não trará o resultado esperado - ou seja, mesmo coagido pelo Estado-juiz, o devedor continuará se negando a acatar a ordem exarada. Frustrada essa tentativa, poderá o juiz, para efetivar o mandamento desatendido, valer-se das demais medidas de apoio constantes do §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Nesse caso, o provimento mandamental poderá revestir-se, incidental e episodicamente, de eficácia executiva *lato sensu*. Nesse sentido, Talamini: "Além da eficácia mandamental, o art. 461 atribui ao juiz a função de, sempre que possível e necessário, determinar no próprio processo de conhecimento a adoção de medidas materiais destinadas a obter, independentemente da colaboração do réu, o mesmo resultado prático que o cumprimento geraria ('resultado prático equivalente'). Portanto, o provimento que antecipadamente ou ao final concede a tutela *ex art. 461* reveste-se também de eficácia executiva *lato sensu*" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 235).

²⁰⁴BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, página 306. Marinoni compartilha do entendimento: "Note-se que a sentença condenatória abre oportunidade para a execução, mas não executa ou manda; a sentença mandamental manda que se cumpra a prestação mediante coerção indireta. Na condenação há apenas condenação ao adimplemento, criando-se os pressupostos para a execução forçada. Na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção indireta. Uma sentença que ordena sob pena de multa já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena abre oportunidade para o uso dessa força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto que a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva, sua eficácia é que é executiva" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica** (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, páginas 44 e 45).

Seriam, pois, exemplos de tutelas mandamentais (segundo a parcela da doutrina que admite a autonomia dessa espécie de provimento): as proferidas em ações que veiculem obrigações de fazer e não fazer (perseguídas em Juízo de acordo com o artigo 461 e 461-A do diploma processual), as prolatadas em sede de mandado de segurança e em sede de *habeas corpus*.

Em nosso sentir, pois, existe, sim, uma diferença ontológica entre os provimentos condenatórios e aqueles exarados em demandas que objetivem o cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa (sendo, portanto, louvável a distinção feita por parte da doutrina).

Seria imperdoável falha deixar de destacar, após apontadas as diferenças entre os provimentos condenatórios e mandamentais, o fato de que a polêmica em torno da classificação das sentenças, longe de veicular uma questão meramente dogmática ou teórica, evidenciava, na verdade, um problema bem prático: demonstrava, aos estudiosos, que o tradicional sistema do sucedâneo das perdas e danos (traço característico das demandas condenatórias) não vinha, já há algum tempo, satisfazendo a necessidade dos jurisdicionados. Em outras palavras, na base da polêmica da classificação dos provimentos sempre esteve, dormente, a incompletude do nosso sistema processual.

Apoiamo-nos nas lições de Eduardo Talamini, que, embora de uma forma um pouco mais velada, expressa pensamento similar ao nosso:

O problema²⁰⁵, portanto, não é só terminológico ou classificatório. Não se combate o puro e simples uso do termo 'condenatório' para a denominação de todo e qualquer provimento com 'repercussão física'. Tenta-se, isso sim, afastar a idéia de que a estrutura condenatória, tal como tradicionalmente concebida (mera sub-rogação; ausência de ordens ao executado; necessidade de outro processo), seria suficiente para todas as 'situações carentes de tutela' e, conseqüentemente, nos casos em que

²⁰⁵De classificação dos provimentos.

mecanismos sub-rogorios não tivessem como evitar ou interromper a violação do direito, bastaria o mero ressarcimento pecuniário.²⁰⁶

Seria também grave falta deixar de conceituar, encerrado o cotejo "provimento mandamental x provimento condenatório", mesmo que singelamente²⁰⁷, as notas características da quinta espécie de tutela: os provimentos executivos *lato sensu*.

Valemo-nos, aqui, do invejável poder de síntese demonstrado por Asdrubal Franco Nascimbeni, que conceitua a sentença executiva *lato sensu* ao cotejá-la com o provimento condenatório:

[...] já a distinção entre a eficácia condenatória e a executiva *lato sensu*, de acordo com o entendimento predominante atual, não reside apenas num aspecto procedimental (naquela, ensejar-se-ia uma atividade executiva num processo subsequente, de execução, e, nesta, estaria autorizada tal atividade dentro do próprio processo de conhecimento), mas também, no fato de que, nas executivas *lato sensu*, o juiz não atua de forma que siga um modelo rígido e preestabelecido - fato este que ocorreria na execução *ex intervallo* do provimento condenatório, em que se deve submeter a formas típicas e fixas, descritas na estrutura procedimental do processo executivo.²⁰⁸

Seriam, segundo os processualistas partidários da classificação quinária, exemplos de sentenças executivas *lato sensu*²⁰⁹ as prolatadas nas ações de reintegração de posse, as exaradas em ação de divisão e demarcação, nas ações de despejo etc.

²⁰⁶TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 207.

²⁰⁷Veja que o escopo do presente capítulo se restringe a (i) reforçar a idéia da paulatina valorização da tutela específica no direito pátrio (algo de certo modo já realizado nos precedentes capítulos); (ii) evidenciar a aproximação do direito processual ao direito material; e (iii) destacar as particularidades da tutela que veicula as *astreintes* (escopos esses que parecem, com as considerações até aqui realizadas, já terem sido atingidos).

²⁰⁸NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, página 70.

²⁰⁹Digna de nota a crítica feita por Barbosa Moreira a respeito do complemento "*lato sensu*" que se segue à denominação "sentença executiva". Para o renomado processualista, "falava Pontes de Miranda, só e sempre, de sentenças executivas, sem o complemento que em nossos dias se lhe costuma agregar - e que, aliás, unicamente terá sentido caso se lhe contraponha uma classe de sentenças executivas *stricto sensu*" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004, página 132).

Pode-se dizer, pois, como uma espécie de síntese do quanto até aqui verificado, que as sentenças condenatórias, além de imporem uma sanção ao sucumbente, autorizariam a parte vitoriosa a empregar, em subsequente fase²¹⁰ procedimental, mecanismos subrogatórios pré-estabelecidos em lei para a satisfação de seu direito.

A tutela executiva *lato sensu*, por outro lado, além de autorizar a imediata atuação do meio de sujeição (que se dá sem solução de continuidade²¹¹), não se prenderia (como de fato não se prende mesmo) a um modelo procedimental rígido e pré-estabelecido²¹².

O provimento mandamental, por fim, ao invés de contar com meios substitutivos da vontade do devedor²¹³, dirige-lhe verdadeira ordem²¹⁴, a ser observada sob pena de incidirem medidas coercitivas. Como já assinalado alhures, a conduta do devedor, nessa espécie de tutela, é relevantíssima - ela é mais do que esperada, ela é quase um pressuposto²¹⁵. Também como já destacado alhures, em caso de ineficácia das medidas coercitivas primeiramente cominadas, poderá o magistrado lançar mão de medidas

²¹⁰ Adaptamos, aqui, a nomenclatura "fase" ao atual estágio do direito positivo brasileiro, que, por conta das alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005 (especificamente nos artigos 475-I e 475-J), não mais prevê processo de execução de título executivo judicial (voltaremos, em poucos parágrafos, a cuidar das modificações decorrentes da novel legislação).

²¹¹ Eis o primeiro traço distintivo entre a tutela executiva *lato sensu* e o provimento condenatório.

²¹² Este o segundo traço a distinguir a tutela executiva *lato sensu* do provimento condenatório.

²¹³ Como sucede com a tutela condenatória.

²¹⁴ O juiz exerce, na tutela mandamental, seu inegável poder de *imperium*. Apoiando-se, inicialmente, nas lições de Ovídio Baptista, Asdrubal Nascimbeni desenvolve interessantíssimo (e verdadeiro, a nosso sentir) raciocínio sobre os históricos motivos que teriam levado à "supressão" da tutela mandamental no direito europeu, na época da Revolução Francesa - lembrando que tutelas similares às mandamentais, baseadas no poder de *imperium* do magistrado, eram conhecidas desde a época do *ordo* romano, com os *interdicta* (vide capítulo "II."). Segundo o citado autor, os magistrados franceses, que dispunham de consideráveis (e amplos) poderes, tiveram sua atuação propositadamente tolhida pelos revolucionários que ascenderam ao poder em 1789. O *imperium* (de que dispunham os citados juízes) foi, em suma, praticamente extirpado para que o novo poder instalado não fosse colocado em risco. Extirpado o poder criativo do magistrado, "ao juiz passara a caber apenas a aplicação da lei (era ele, então, a *bouche de la loi*)", sendo certo que o provimento a ser exarado não poderia, em hipótese alguma, transbordar dos esquemas pré-estabelecidos (e o esquema pré-estabelecido, na época, era o sucedâneo das perdas e danos - artigo 1.142 do *Code Napoléon*). "Desta forma, com a definição das três espécies de sentenças e das formas de execução por sub-rogação, retirou-se do juiz o poder de tutelar adequadamente os diferentes direitos dos cidadãos, restando-lhe a possibilidade, praticamente única, de determinar que o lesado fosse ressarcido em dinheiro, pelo equivalente ao dano por ele sofrido" (NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, páginas 65 e 66).

²¹⁵ Como bem salienta Scarpinella: "por tutela mandamental deve-se entender a tutela que pretende extrair do devedor o cumprimento voluntário da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por ato seu, cumpra a obrigação, tal qual lhe foi imposta pela lei ou ajustada, por contrato, entre as partes, embora instado jurisdicionalmente a tanto. Trata-se de cumprimento voluntário do réu e, por isto mesmo, não espontâneo, que quereria significar ser prescindível ou, até mesmo, desnecessária a intervenção jurisdicional" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, página 306).

executivas *lato sensu* (quais sejam, as diversas medidas de apoio descritas no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil²¹⁶).

Importante destacar, nessa altura das ponderações, que, mesmo à vista das considerações até aqui desenvolvidas, parte autorizada da doutrina ainda se nega a reconhecer os provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* como classes autônomas. Isso porque, segundo entendimento mais ou menos uníssono dos partidários da clássica corrente, as diferenciações indicadas pelos adeptos da classificação quinária se restringiriam, no final das contas, apenas à forma de efetivar as sentenças (não dizendo respeito, portanto, à natureza dos provimentos em si). Citamos, aqui, como representante dessa considerável parcela da doutrina, pelo peso de sua opinião, o professor Humberto Theodoro Júnior:

Essas peculiaridades, a meu ver, não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das três categorias clássicas. Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor de outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns.²¹⁷

As considerações tecidas ao longo do presente capítulo demonstram, todavia, que não é apenas a "forma de realizar processualmente" o provimento que muda. As sentenças mandamentais se diferem substancialmente das condenatórias.

²¹⁶Nesse caso, como já abordado, o provimento mandamental poderá revestir-se, incidentalmente, de eficácia executiva *lato sensu*.

²¹⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, páginas 575 e 576. Partilhando da mesma opinião, Cândido Rangel Dinamarco: "mas não se trata de uma quarta categoria sentencial, ao lado da meramente declaratória, da condenatória e da constitutiva [o autor estava a se referir, no trecho, às sentenças mandamentais]. Por sua estrutura, função e eficácia, as sentenças mandamentais compartilham da natureza condenatória [...], sem embargo do reforço de eficácia que lhes outorga a lei" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, página 245).

Uma última (porém não menos importante) observação que deve ser feita com relação à questão da classificação das sentenças diz respeito às modificações introduzidas pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que eliminou o "processo" de execução de título executivo judicial - transformando os atos de satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória em mera "fase" procedimental.

Teriam as alterações trazidas pela citada legislação afetado a classificação das sentenças?

A resposta, em um primeiro momento, parece ser positiva, principalmente se levarmos em conta o fato de que (i) uma das principais características da sentença condenatória, segundo a doutrina dominante, residia no fato dela atribuir "ao vencedor 'um título executivo' possibilitando-lhe recorrer ao processo de execução"²¹⁸ e (ii) como já visto neste capítulo, algumas sentenças declaratórias passaram a ter "força executiva" (artigo 475-N, I, do Código de Processo Civil).

Ora, inexistindo, por conta da alteração legislativa, um "processo" de execução (mas uma mera "fase" procedimental²¹⁹), como ficaria a conceituação da sentença condenatória? E a sentença declaratória, que agora pode ser executada (algo jamais imaginado)?

A indagação atinente ao provimento declaratório já foi, em nosso sentir, respondida nas precedentes páginas deste trabalho, quando destacamos que a mera possibilidade de o jurisdicionado poder, em certos casos, ter acesso a um *plus*, dando seguimento ao feito para executar a sentença declaratória, não quer dizer que tal espécie de provimento tenha passado a necessitar ou a depender de ulteriores providências para se tornar "completo" (mesmo porque a "executividade" da declaratória é ocasional).

Salientamos, ainda naquela oportunidade, que a solução da crise de incerteza incidente sobre uma certa relação, um dado fato ou documento (que é o desiderato da ação

²¹⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, página 575.

²¹⁹Artigos 475-I e 475-J, do Código de Processo Civil.

declaratória) continuava sendo alcançado com o provimento jurisdicional prolatado ao cabo do processo de conhecimento.

Também pensamos, salvo melhor juízo, que a modificação implementada pela Lei nº 11.232/2005 não teve o condão de desnaturar os provimentos condenatórios.

A despeito da legislação acima identificada ter transformado o "processo" de execução de título executivo judicial em mera "fase" de cumprimento de sentença, inegavelmente ainda continuaram a existir os demais (e principais) traços definidores da tutela condenatória (que, portanto, não se desnaturou).

Em primeiro lugar, o provimento exarado pelo magistrado ainda se faz acompanhar de uma sanção. Em segundo lugar, a satisfação do credor ainda se dá por intermédio da prática de atos sub-rogatórios, que continuam a ser pré-estabelecidos pelo legislador. Dando especial destaque a essa segunda característica essencial das sentenças condenatórias e demonstrando que a supressão do "processo" executivo não seria suficiente para eliminar essa espécie de provimento do mundo jurídico, Cássio Scarpinella Bueno leciona:

[...] se não há como negar terem as Leis ns. 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005 alterado profundamente a noção de que a tutela condenatória reclamava, por sua própria natureza, um 'processo de execução' para ser cumprida, elas não alteraram o que, ainda hoje, é capaz de discernir a tutela condenatória das tutelas executivas e mandamental [...]. É que o que caracteriza a 'condenação' como tal ainda se faz presente no sistema: a necessidade de prática de atos sub-rogatórios quando o devedor, embora exortado (instado) ao cumprimento voluntário da obrigação, tal qual reconhecida na decisão jurisdicional, não o faz.

[...] E é justamente nas técnicas de sub-rogação ainda hoje reguladas pelo Livro II do Código de Processo Civil (a expressa remissão é feita pelo art. 475-R) que a tutela condenatória caracteriza-se como tal, distinguindo-se das tutelas executiva e mandamental.²²⁰

²²⁰BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, página 301 e 302.

E mesmo que não existissem os elementos diferenciadores elencados no parágrafo que antecede a citação colacionada na precedente página²²¹, a simples troca do "processo" executivo pela "fase" de cumprimento de sentença não afetaria a caracterização dos provimentos condenatórios.

Isso porque, em nosso sentir, o "processo" de execução não difere, ontologicamente, da "fase" de cumprimento de sentença instituída pela novel legislação. Ambos se caracterizam como meras etapas, compostas de uma série de atos sub-rogatórios, a serem percorridas pelo credor com vistas à obtenção (factual) de seu direito.

O tão-só fato da "fase" de cumprimento de sentença introduzida pela Lei nº 11.232/2005 ser menos burocratizada, mais ágil e (quicá) efetiva não altera a realidade das coisas: em caso de renitência do réu o credor ainda terá de praticar atos sub-rogatórios para a satisfação de seu direito (atos sub-rogatórios esses que já eram praticados durante o extinto "processo" de execução). Humberto Theodoro destaca, de forma clara e direta, que o "inovador" processo sincrético em nada alterou a substância dos atos praticados para a satisfação do direito do credor:

[...] de nossa parte, a crítica que fazemos à reforma intentada pela Lei nº 11.232/2005 incide sobre o excesso de normatização do procedimento de cumprimento que condena ao pagamento de quantia certa. Praticamente todas as regras da ação autônoma da extinta ação de execução de sentença foram explicitadas, dando a impressão de mera mudança de nomenclatura.²²²

Inexistindo alteração substancial no modo de se proceder à apreensão e excussão dos bens do devedor, inexistente razão para, por conta de uma troca de nomenclaturas²²³, questionar a existência do provimento condenatório. Como bem salienta o citado mestre mineiro:

²²¹Quais sejam: o fato do provimento condenatório veicular uma sanção e o fato da satisfação do credor se dar por intermédio da prática de atos sub-rogatórios pré-estabelecidos pelo legislador.

²²²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, página 116.

²²³"Processo de execução de título judicial" para "fase de cumprimento de sentença".

[...] com a reforma arquitetada pela Lei n° 11.232, de 22.12.2005, todas as sentenças passaram a um regime único de cumprimento e nenhuma delas dependerá mais de ação executiva separada para ser posta em execução. Terá sido extinto algum tipo de sentença quanto ao objeto ou conteúdo? Nenhum. As sentenças, como sempre, continuarão a ser, segundo o conteúdo, declaratórias, constitutivas e condenatórias.²²⁴

As considerações lançadas durante o presente capítulo não evitaram, contudo, que autorizadas vozes do direito processual pátrio colocassem em xeque a existência do provimento condenatório:

Como já exposto, com a vigência da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 a tendência será desaparecer do direito processual civil brasileiro o conceito de sentença condenatória pura, em razão (a) da outorga de eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias e (b) da generalização das sentenças dotadas de eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*.²²⁵

Enfim, persistindo ou não a tutela condenatória no direito pátrio, havendo ou não unicidade na doutrina a respeito da aceitação da classificação quinária das sentenças, o fato é que (e isso ninguém pode negar) o provimento tendente a entregar a tutela específica recebeu do legislador tratamento especial.

A diferenciada técnica utilizada para o atingimento da tutela específica demonstra a importância da questão tratada no presente trabalho.

²²⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, página 129.

²²⁵CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, página 330.

IV. - MULTA COERCITIVA E INSTITUTOS ASSEMELHADOS NO DIREITO COMPARADO.

Estando, nessa altura do trabalho, devidamente caracterizada a tutela específica, espécie de provimento que veicula as *astreintes*, cumpre-nos, antes de adentrar ao exame aprofundado da multa coercitiva no direito brasileiro²²⁶, examinar os institutos similares existentes na legislação estrangeira.

O estudo comparativo, antes de uma mera praxe acadêmica, mostra-se imprescindível a uma mais aprofundada compreensão do fenômeno cotejado²²⁷. Diz-se mais: a identificação dos traços caracterizadores do instituto no direito alienígena pode contribuir (e geralmente contribui) para a solução de intrincadas questões encontradas em solo pátrio.

Examinaremos, pois, nos capítulos que se sucedem os fenômenos assemelhados à multa coercitiva brasileira no direito comparado. A criteriosa comparação a ser realizada com as *astreintes* francesas e com o *Contempt of Court* da família da *Common Law* (institutos que mais se assemelham à multa coercitiva brasileira) certamente contribuirá para um melhor entendimento e utilização do mecanismo coercitivo inserto no artigo 461 do Código de Processo Civil.

²²⁶O que será realizado no próximo capítulo.

²²⁷Principalmente em casos como o presente, no qual o instituto analisado (a multa coercitiva) possui estreitos laços com fenômenos existentes no direito comparado (notadamente as *astreintes*, do direito francês).

IV.I. - O CONTEMPT OF COURT DA COMMON LAW²²⁸.

Para que possamos ter uma mais completa inteligência do *Contempt of Court*, necessitamos, introdutoriamente, tecer algumas considerações sobre o sistema da *Common Law*, no qual o aludido instituto se insere.

Com efeito, por estar o fenômeno objeto deste capítulo inserido em um sistema jurídico completamente diferente do nosso²²⁹, somente após termos analisado algumas de suas principais características e fixado alguns conceitos fundamentais, é que poderemos, de fato, compreender, em toda sua extensão, de quais formas e para quais finalidades o *Contempt of Court* foi e é utilizado.

1. - O SISTEMA DA COMMON LAW.

O estudo, mesmo que perfunctório²³⁰, da *Common Law*, torna-se mais interessante e proveitoso se atentarmos ao fato de que a origem remota de tal sistema é comum ao da *Civil Law*. De fato, como bem aponta José Rogério Cruz e Tucci, “durante muitos séculos, depois do sucumbimento do império romano do ocidente, não havia diferenças sensíveis no cenário jurídico europeu, inclusive da Inglaterra, no qual preponderava um sistema de regras não escritas”²³¹.

²²⁸Por que não utilizamos, no título do presente capítulo, a denominação mais comumente encontrada na doutrina: *Contempt of Court* do direito "anglo-saxão" (ao invés de usarmos *Contempt of Court* da *Common Law*)? Por darmos razão à pertinente observação feita por Guido Fernandes Soares: "o sistema da *Common Law* não deve ser confundido com o 'sistema inglês' (porque se aplica em vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com 'britânico' (adjetivo relativo à Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque esse adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país)" (SOARES, Guido Fernandes. **Common law - introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 25). Embora reconheçamos a procedência da crítica feita por Guido Soares, utilizaremos, vez ou outra (até mesmo para evitar repetições vocabulares que empobrecem o texto), o termo "anglo-saxão" (que deverá ser interpretado, nas oportunidades em que for utilizado, no sentido mais abrangente possível).

²²⁹Que é o sistema romano-germânico, da *Civil Law*.

²³⁰Advertimos, desde o começo, que não nos propomos, neste capítulo, a repassar, em detalhes, a história do "surgimento" da *Common Law*, mas apenas e tão somente a fornecer elementos que possam auxiliar a perfeita compreensão do *Contempt of Court*; como esses elementos são colhidos, em grande parte, na seara histórica, a ela aqui nos referiremos (mesmo que brevemente).

²³¹TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, página 149.

Contudo, apesar de terem "partido" de um ponto comum (o direito baseado nos usos e costumes locais), os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* acabaram chegando a destinos diametralmente opostos. Por quê?

Porque a revisitação do direito justinianeu, que se dava de forma cada vez mais aprofundada na península ibérica (e que acabou sendo o ponto de encontro de todos os países que, de uma forma ou de outra, com maior ou menor rapidez, viriam a adotar o sistema codicístico da *Civil Law*), acabou encontrando sérias dificuldades para penetrar no solo inglês²³².

A ausência de contato com o codificado direito justinianeu fez com que os anglo-saxões prolongassem a utilização dos usos e costumes como método de solução de conflitos, sendo certo que até a invasão normanda de 1066²³³ cada senhor feudal aplicava, em seu respectivo domínio, o "seu" próprio direito consuetudinário²³⁴.

Contudo, em virtude da centralização decorrente da conquista normanda, os súditos passaram, cada vez mais frequentemente, a buscar a solução para seus conflitos junto à autoridade real. O rei, instado, apreciava o pleito formulado e, parecendo-lhe digno de proteção, emitia um *writ* - verdadeira ordem para a autoridade local adotar as providências necessárias.

Os *writs* eram, em suma, uma espécie de "ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação"²³⁵. Segundo Guido Soares:

²³²Priscila Soares Crocetti e Paulo Henrique Dias Drummond salientam, com pertinência, que a Inglaterra não vivenciou, contudo, "uma completa ignorância do direito romano". "Tanto que", prosseguem os autores, "o ensino desse direito romano foi introduzido por Henrique VIII em Oxford e em Cambridge". "Acontece que essa influência", arrematam, acabou se apresentando de forma "modesta, marginal, limitada, ocorrendo sempre de maneira desorganizada e fragmentada" (CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Paraná: Jus Podium, 2010, página 19).

²³³Comandada pelo Duque William da Normandia, conhecido como "O Conquistador".

²³⁴"Quando, no crepúsculo do século XII, o estudo científico do direito romano-canônico passa a ganhar autoridade na praxe dos tribunais canônicos, e, no curso do século XIII, a influir nos tribunais laicos, já era muito tarde para que o direito inglês fosse, de alguma forma, seduzido pelas reflexões jurídicas de cunho científico" (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, página 150).

²³⁵SOARES, Guido Fernandes. **Common law - introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 32.

A idéia do *writ* era de que se constituía numa ordem dada pelo Rei às autoridades, a fim de respeitarem, em relação ao beneficiado que obtinha o remédio, sua situação jurídica, definida pelo julgamento a seu favor. Se não houvesse um *writ* determinado para a situação, não haveria possibilidade de dizer-se o direito.²³⁶

Esses *writs*, que, como acima mencionado, eram originariamente concedidos pelo próprio Rei, passaram (em razão do gradativo aumento das incumbências do monarca), por delegação, a serem emitidos pelos juízes do Tribunal de Westminster.

Havia, pois, como não se pode negar, uma certa semelhança²³⁷ entre os *writs* concedidos pelos funcionários reais (*judges* do Tribunal de Westminster) e as *actios* romanas, concedidas pelos magistrados do período formular.

Da mesma forma que o cidadão romano, no período cotejado, dizia "eu tenho uma ação" para tutelar uma certa situação fática (e não "eu tenho um direito"²³⁸), o súdito saxão dizia "eu tenho um *writ*" a amparar minha situação conflituosa. Lênio Streck bem exprime a idéia que estamos tentando transmitir, ao explicar que "tal como ocorria no Direito romano em que a *actio* era um pressuposto do Direito subjetivo, assim também na Inglaterra a *common law* foi uma criação do Direito Processual"²³⁹. O autor vai além, destacando que os direitos subjetivos, em terras saxônicas, foram surgindo de maneira empírica: vigorava em território inglês o adágio *remedies procede rights*.

²³⁶SOARES, Guido Fernandes. **Common law - introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 33.

²³⁷A comparação aqui estabelecida, por levar em consideração institutos separados por largo interstício temporal, deve ser entendida com todas as ressalvas (históricas) pertinentes. O que se quer dizer, em suma, é que não devem ser levados em conta, no momento do cotejo acima proposto, os motivos políticos, sociais e culturais que levaram as diferentes sociedades (e os diferentes "sistemas jurídicos") a alcançarem as similares características apontadas. Isso, obviamente, invalidaria a comparação proposta, pois distintas foram as razões que levaram um e outro sistema a alcançarem as características acima resumidas.

²³⁸Direito a ser tutelado por intermédio de uma ação. Nesse sentido, o escólio de Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci: "A autonomia do processo, tão cara para os cultores da ciência processual de nossos dias, não se denotava, como é cediço, no direito romano [...] configurava-se o direito subjetivo não pelo aspecto de seu conteúdo substancial, mas sim pela ótica da ação com a qual o titular podia tutelá-lo contra possíveis ofensas" (AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 45).

²³⁹STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, página 38.

Do mesmo modo²⁴⁰, então, que no período formular romano os magistrados foram, com o decorrer do tempo, verificando a incompletude do sistema (notando, em síntese, que existiam muitos outros "direitos" além daqueles expressamente tutelados) e, por isso, começaram a conceder, com a força de seu *imperium*, "novas ações" aos que os procuravam, os súditos ingleses começaram, também, a recorrer aos *judges* quando uma determinada pretensão não encontrava guarida nos *writs* então existentes.

O sistema de *writs* acabou sendo de tal modo alargado e difundido que, pouco tempo após a invasão normanda, "as jurisdições senhoriais, bem como as jurisdições municipais ou comerciais, perdem substancialmente a sua importância"²⁴¹. Esse direito casuístico, aplicado pela Corte de Westminster por intermédio de *writs* e que se contrapôs aos costumes locais dos senhores feudais, é que deu origem ao sistema que, mais tarde, viria a ser chamado de *Common Law*²⁴².

Estancada, em determinado momento histórico²⁴³, a possibilidade de emissão de novos *writs*, os súditos voltaram a se dirigir ao monarca²⁴⁴, procurando solução para as questões que não se encontravam amparadas pelos preexistentes *writs*. O Rei, fazendo uso de seu amplo poder, começou, então, a decidir as "novas" questões por intermédio de um "sistema paralelo" de tutelas: o *Equity*.

Pode-se dizer, pois, que o *Equity* surgiu para tutelar situações e direitos não reconhecidos pela *Common Law*, funcionando como uma espécie de "sistema subsidiário". Inexistindo medida prevista para a proteção do direito ameaçado ou violado na *Common Law* (leia-se: nos *writs*), a parte voltava-se para o *Equity*.

²⁴⁰Aqui também valem as ressalvas históricas feitas na nota de rodapé anterior, quando comparávamos os *writs* ingleses e as *actios* romanas.

²⁴¹CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Paraná: Jus Podium, 2010, página 22.

²⁴²"O *common law* foi, em suas origens, o Direito elaborado pelos Tribunais do Rei com base no Direito consuetudinário e se transformou mais tarde na *common law* da Inglaterra" (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, página 38).

²⁴³Em 1250 o Rei Henrique III editou uma Resolução proibindo a criação de novos *writs*.

²⁴⁴Repetindo o comportamento que já haviam adotado quando procuraram o Rei para obter os primeiros *writs*.

Da mesma forma do que ocorrera com a prerrogativa de conceder *writs*²⁴⁵, a função de emitir *equitable remedies* (decisões baseadas na *Equity*) acabou sendo delegada, não muito tempo após o seu surgimento, a terceiros (no caso específico, ao Chanceler²⁴⁶):

Com o transcorrer dos anos, e sendo cada vez mais comum a ocorrência de situações não agasalhadas pelos *writs*, o Chanceler começou a ter que analisar não apenas os recursos, mas as próprias causas, desde a sua origem. [...]. Foi assim que surgiram as *Courts of Chancery*, que passaram a decidir não com base nas regras da *Common Law*, mas de acordo com um novo corpo de normas e fontes, que recebeu o nome de *Equity* (que segundo Philip S. James seria: '*a body of principles built up from the precedents of the old Court of Chancery*').²⁴⁷

Embora dicotômicos no início, o Tribunal de Westminster (responsável pela aplicação da *Common Law*) e a *Court of Chancery (Equity)* acabaram sendo reunidos com os *Judicature Acts* de 1873 e 1875.

A noticiada reunião, todavia, não deu cabo da dualidade dos sistemas de tutelas (*Common Law* e *Equity*), que continuou - e continua - a existir. A fusão teve o condão, apenas, de transferir ao uno órgão jurisdicional recém-criado o encargo de aplicar, conforme o caso, uma ou outra espécie de regramento. Nesse sentido, René David:

[...] *toute les juridictions anglaises deviennent compétentes pour appliquer aussi bien les règles de la common law que celles de l'équity, contrairement à situation antérieure ou il fallait aller devant une Cour de common law pour obtenir l'application de la common law, devant de la Cour de la Chancellerie pour obtenir un remède d'équity.*²⁴⁸

Com o tempo, vale anotar, o caráter subsidiário das *equitable remedies* (acima mencionado) também acabou sendo superado. Hoje, o que impera é o critério da "maior

²⁴⁵Que no passado havia sido delegada aos *judges* do Tribunal de Westminster.

²⁴⁶*Chancellor*, em inglês.

²⁴⁷NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, página 116.

²⁴⁸DAVID, René. **Les grandes systèmes de droit contemporains**. 8. ed. Paris: Dalloz, 1982, página 338.

adequação", sendo aplicado, ao caso concreto, o sistema de tutelas que melhor remediar a situação conflituosa trazida a Juízo.

Feito esse rápido intróito histórico, necessário ao entendimento das estruturas fundantes do dualístico sistema anglo-saxão, fica a pergunta: no que, ontologicamente, se diferenciariam, então, as tutelas da *Common Law* e as expedidas com base na *Equity*? Para que serviriam uma e outra? Em que medida se assemelhariam?

A semelhança advém do fato de ambas as espécies se nortearem pelo sistema de precedentes (pelo qual, inclusive, o sistema da *Common Law*²⁴⁹ é conhecido). Aqui cabe, mesmo que de passagem, uma importante anotação: apesar do sistema "anglo-saxão"²⁵⁰ se apoiar na reiterada construção/interpretação pretoriana, a *Common Law* não deve (e não pode) ser confundida ou resumida, como infelizmente é, com a força vinculante dos precedentes judiciais²⁵¹. Tal questão foi abordada com bastante acuidade por Simpson:

*Any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of stare decisis, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the ratio decidendi, and functioned well enough.*²⁵²

²⁴⁹Aliás, esse momento é propício para esclarecer uma questão atinente aos diferentes significados do vocábulo *Common Law*. O termo *Common Law* é utilizado pela doutrina, indistintamente, tanto para se referir ao sistema jurídico anglo-saxão, como um todo (sentido que queremos dar ao vocábulo no parágrafo ao qual esta nota de rodapé se refere) como também ao particular sistema de tutelas baseado nos *writs*, que se contrapõe ao sistema de tutelas dos *equitable remedies*. Logo, dependendo do contexto em que é empregado, o termo pode designar o gênero (*Common Law* como sistema jurídico que se contrapõe à *Civil Law*) ou a espécie (*Common Law* como parte do sistema inglês que se contrapõe à *Equity*). Marcelo Alves Dias de Souza aponta a existência de quatro diferentes significados para o termo *Common Law*, mas acaba dando principal destaque aos dois acima delineados (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, páginas 37 a 40).

²⁵⁰Utilizamos, aqui, a expressão "anglo-saxão" cõscios das reservas consignadas no preâmbulo do presente capítulo (querendo transmitir, com o vocábulo - como já havíamos advertido anteriormente -, o sentido mais abrangente possível).

²⁵¹Talvez essa até seja a mais importante de suas características, mas o fato é que ela a isso não se restringe.

²⁵²SIMPSON, A. W. B.. **The common law and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1973, página 77.

A verdadeira vinculação dos precedentes, que hoje caracteriza o sistema da *Common Law*, começou a ser estabelecida apenas no século XIX, no caso *Beamish v. Beamish* (1861), e inicialmente era aplicado apenas de forma horizontal. Significava dizer: a Corte prolatora de uma determinada decisão não poderia, em futura lide, decidir de forma contrária ao seu próprio precedente, mas a Corte inferior ainda não se encontrava vinculada à decisão advinda de órgão hierarquicamente superior.

A *doctrine of binding precedents*, como hoje conceituada (com vinculação dos órgãos inferiores às decisões prolatadas pelos órgãos superiores), só veio a ser definitivamente reconhecida mais de trinta anos após o caso *Beamish v. Beamish* (acima citado), mais precisamente em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*. Na ocasião, a *House of Lords* além de reafirmar a vinculação horizontal outrora instituída “patenteou a eficácia externa [de suas decisões] a todas as cortes de grau inferior”²⁵³.

Pois bem. Para a resposta à indagação remanescente (sobre as diferenças existentes entre a *Common Law* e a *Equity*), aproveitamo-nos, como ponto de partida, da sintética distinção feita por Asdrubal Nascimbeni:

No sistema da *Common Law* o processo, como visto, é inflexível, e os remédios 'oferecidos' resultam sempre numa indenização em dinheiro (uma *award of money damages*). Isso, porque, como bem observou Steven L. Emanuel, '*money damages are the 'usual' form of relief in civil actions. Historically, money damages come from the system of 'law' rather than the system of 'equity'*'. Já nos procedimentos *triable in equity*, os *equity reliefs* se traduzem em operações contra a pessoa do demandado. Portanto, não objetivam condenações em dinheiro, porque se trata de *injunctions* em *other than money judgments* - ordens judiciais de

²⁵³Como bem explicita José Rogério Cruz e Tucci in **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, página 161 (observação entre colchetes inserida). Como nota final, vale a pena destacar que Neil Duxbury dedicou quarenta e oito páginas do seu precioso estudo, intitulado **The nature and authority of precedent**, à procura dos motivos determinantes do surgimento do *the binding precedent doctrine* no direito inglês. O intento ficou consignado logo no intróito do seu trabalho: “*Indeed, one of the claims of the book is that no one theory can offer a plausible comprehensive or systematic explanation of why precedents constrain*” (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, páginas 9 e 10). Ao cabo, todavia, Duxbury não conseguiu se desincumbir da inglória tarefa assumida nas primeiras páginas do livro, deixando, para os leitores, nada mais do que um punhado de conjecturas (talvez porque, como todo fenômeno cultural e sociológico, vários tenham sido os fatores que contribuíram para o surgimento dessa importante característica).

fazer ou deixar de fazer algo (*specific performances*), multa compensatória ou prisão (sanção por descumprimento a uma ordem judicial: o *contempt of court*).²⁵⁴

Traduzindo a pragmática lição acima transcrita: é no sistema da *Equity* e por meio dos *equitable remedies*²⁵⁵ que os jurisdicionados da *Common Law* encontram o veículo adequado à obtenção do desempenho forçado das obrigações de fazer e/ou não fazer porventura inadimplidas²⁵⁶. É nesta seara, prioritariamente, que encontramos a tutela específica no direito inglês²⁵⁷.

Como as primeiras decisões prolatadas com base na *Equity* advinham diretamente do Rei²⁵⁸ e se dirigiam especificamente (e diretamente) a um súdito (então réu), o descumprimento do preceito emitido acabava sendo considerado uma verdadeira afronta à autoridade real²⁵⁹.

²⁵⁴NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, página 117.

²⁵⁵Convencionou-se denominar de *equitable remedies* o conjunto de decisões que os magistrados prolatam (cada uma delas possuindo um peculiar traço) veiculando alguma espécie de obrigação de fazer ou não fazer (sendo as *injunctions* e as *decrees of specific performance* as mais conhecidas espécies). Como bem salientam Michele Taruffo e Geoffrey Hazard, ao expedir um dos *equitable remedies*, o magistrado exorta "*the defendant to perform a certain act or series of acts, or to refrain from doing so, as distinct from a judgment for damages*", que, complementamos nós, é realizado no âmbito da *Common Law*. Prosseguindo no escólio, os autores arrematam: "*the typical jury trial results in a judgment for damages. The typical equity suit, tried without a jury, seeks an injunction*" (TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. **American civil procedure**: an introduction. Yale University, 1993, página 156).

²⁵⁶O vocábulo *Common Law*, no trecho em questão, é utilizado como sinônimo do sistema jurídico que se contrapõe à *Civil Law* (ou seja, representa o todo, o gênero).

²⁵⁷Nesse sentido, o escólio de Taruffo: "[...] os institutos da *equity*, portanto, são criados, aproveitando-se dos larguíssimos poderes discricionários que cabem à *Chancery Court*, em conexão direta com as exigências de tutelas das específicas situações substanciais às quais é concedido o *equitable remedy*" (TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfil comparatístico. **Revista de Processo**, ano 15, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1990, página 77).

²⁵⁸Vale lembrar que, como já pontuado alhures, o sistema da *Equity* se originou de repetidos comandos expedidos pelo próprio monarca em resposta às queixas apresentadas pelos jurisdicionados que se sentiam prejudicados por não terem seu "direito" albergado pelos *writs* da *Common Law*. Originariamente, os *equity decrees* tratavam-se, pois, de uma espécie de obséquio real - cumprindo destacar que o caráter obsequioso das medidas concedidas pelo Rei fica ainda mais evidente ao observarmos que as decisões prolatadas com base na *Equity* eram absolutamente subjetivas e não necessariamente de acordo com o direito (ora porque o monarca sequer possuía o conhecimento jurídico necessário, ora porque estava decidindo exatamente para preencher uma lacuna legal em razão da incompletude do sistema de *writs*).

²⁵⁹Como bem destaca Júlio Bueno, o "ato de desprezo ou descaso à administração da justiça, portanto, era recebido como um ato de desprezo e descaso para com o próprio rei, de quem emanava toda a justiça" (BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no direito processual civil brasileiro**. 2001. Tese (Doutoramento em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, página 48).

Essa afronta, esse desrespeito, que com o passar do tempo se desviou da pessoa do monarca e passou a repousar na figura do *Chancellor*²⁶⁰, é que acabou sendo denominada de *Contempt of Court*.

2. - O CONTEMPT OF COURT.

Embora a idéia de *Contempt of Court* seja relativamente fácil de ser alcançada (acabamos de ofertar, nos parágrafos antecedentes, e com poucas palavras, uma provisória definição²⁶¹), o conceito do instituto não é empreitada das mais fáceis.

Colhemos, tanto na doutrina nacional como na doutrina estrangeira, um sem número de diferentes definições. A variedade de entendimentos sobre o que seria, em síntese, o instituto, pode ser explicada, de certo modo, por duas razões: (i) pela vasto número de condutas (ontologicamente distintas) que são consideradas como *Contempt of Court*²⁶² e (ii) pelas diversas finalidades às quais o fenômeno se presta²⁶³.

Após explorar, por mais de quarenta páginas, as diversas acepções do termo *contempt*, Júlio César Bueno, em tese dedicada exclusivamente ao tema, propôs uma conceituação preliminar (levando em consideração, principalmente, as raízes históricas do instituto) que adotaremos, neste primeiro momento, para podermos ter um seguro ponto de partida e para podermos, desde logo, trabalharmos com uma das principais (senão a principal) característica do fenômeno.

Segundo o citado autor, o conceito de *Contempt of Court* teria surgido "como um meio de assegurar a autoridade e a dignidade do soberano, tendo por fundamento o caráter divinal da lei e de seu poder"²⁶⁴.

²⁶⁰E, depois, dos magistrados.

²⁶¹E nos valem, para tanto, da descomplicada e direta lição de Michele Taruffo e Geoffrey Hazard, para quem "*Contempt of Court consists of refusal to obey a direct court order*" (TARUFFO, Michele; HAZARD, Geoffrey C. **American civil procedure: an introduction**. Yale University, 1993, página 202).

²⁶²Examinaremos alguns exemplos adiante.

²⁶³Como cada um dos estudiosos acaba privilegiando, ao conceituar o instituto, uma ou outra finalidade, acabamos encontrando dificuldade de sintetizar, num primeiro momento (sem que sejam feitas as considerações que iremos realizar a partir de agora), um conceito completo.

²⁶⁴BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no direito processual civil brasileiro**. 2001. Tese (Doutoramento em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, página 46.

Ao propor que o instituto teria surgido (como de fato surgiu mesmo) para resguardar a "autoridade" e a "dignidade" do Rei (em linguajar moderno: poder constituído), o autor estava a constatar, ainda que de forma indireta, uma das principais características do *Contempt of Court*: o fato de que o desatendimento de um dado comando judicial no direito anglo-saxão era (e ainda é) encarado, precipuamente, como uma afronta à autoridade jurisdicional.

Ao reprimir ou sancionar²⁶⁵, pois, o comportamento da parte recalcitrante em *Contempt of Court*, não estaria o magistrado, na maioria dos casos²⁶⁶, preocupado em obter a coercitiva satisfação da prestação/ordem inadimplida (que é a preocupação que norteia o juiz brasileiro na fixação das *astreintes*²⁶⁷). Estaria o juiz preocupado, apenas, em preservar a autoridade jurisdicional - razão pela qual, inclusive, penaliza o agente infrator, ao invés de, como apontado anteriormente, coagi-lo a desempenhar a obrigação inadimplida.

Não estamos, com a afirmação acima consignada, fechando os olhos à realidade: o julgador pode até obter, colateralmente e em razão do meio sancionatório/repressor adotado para a cessação do *Contempt of Court*, o desempenho da obrigação inadimplida, mas esse não é, pela característica primordial do instituto aqui analisado, o seu precípua desiderato.

A doutrina é clara ao apontar o prioritário caráter "institucional"²⁶⁸ e repressivo do *Contempt of Court* (em contraposição ao caráter processual e coercitivo das *astreintes* do direito brasileiro). Para Guilherme Rizzo Amaral:

[...] as medidas adotadas em face do *contempt of court*, que desde sua criação continham caráter de punição por uma *breach of good-faith* - violação de boa-fé -, até os dias de hoje mantêm este caráter nos países do sistema da *Common Law*.²⁶⁹

²⁶⁵Perceba que falamos em reprimir, sancionar e não em coagir.

²⁶⁶Diz-se na "maioria dos casos" porque existem situações (que serão adiante abordadas) na qual o magistrado procura, com o *Contempt of Court* (principalmente nos casos de *civil contempt*) resguardar outros valores (ou atingir outros objetivos).

²⁶⁷Como se verá oportunamente capítulo "V".

²⁶⁸Ou seja, voltado à preservação da autoridade do poder jurisdicional.

²⁶⁹AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 37.

Ainda, para o aludido autor, "o fundamento jurídico da punição em face do *contempt of court* é a própria instituição do Poder Judiciário"²⁷⁰.

O já citado Júlio César Bueno, agora em artigo escrito na Revista do Advogado, é enfático ao destacar que "essencialmente, a doutrina do *contempt of court* destina-se à vindicação da autoridade, dignidade e respeito da justiça, a fim de que seja assegurada a confiança pública na supremacia da lei e na autoridade do Poder Judiciário"²⁷¹.

No mesmo sentido, o escólio de Carlos Alberto de Salles, para quem o *Contempt of Court* se caracteriza por todo e "qualquer ato ou omissão que tenda a dificultar a administração da justiça pelo juízo ou que diminua sua autoridade ou dignidade"²⁷². Talamini, como quarta e última voz sobre a questão, reforça a idéia de que "essa expressão [*Contempt of Court*], em sentido extremamente amplo, presta-se a designar qualquer conduta de afronta à autoridade jurisdicional"²⁷³.

Não é por outra razão, que não essa evidente e declarada finalidade do instituto, que já se propôs, inclusive, alterar a designação de *Contempt of Court* para *Contempt of Justice*²⁷⁴.

Vale ressaltar, ainda, que essa característica voltada à preservação da autoridade jurisdicional também se mostra (como não poderia deixar de ser) devidamente explícita no

²⁷⁰AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 37.

²⁷¹BUENO, Júlio César. O *contempt of court* por descumprimento de ordem judicial. **Revista do Advogado**, n. 84, São Paulo: AASP, dez. 2005, página 136. Ainda segundo o seu entendimento, nos casos de não atendimento da ordem expedida pelo juiz "a sanção aplicável não se destina à modificação de um estado de inadequação comportamental do jurisdicionado recalcitrante mas à sua instrução e às dos demais jurisdicionados, das conseqüências danosas de um ato de insubmissão à justiça" (BUENO, Júlio César. O *contempt of court* por descumprimento de ordem judicial. **Revista do Advogado**, n. 84, São Paulo: AASP, dez. 2005, páginas 132 e 133).

²⁷²SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, página 210.

²⁷³TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, páginas 96 e 97 (observação entre colchetes não consta do original).

²⁷⁴Vide, nesse sentido, Christopher John Miller (MILLER, Christopher John. **Contempt of court**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997). O autor cita, entre outros, os casos *Jenisson vs Baker* (1972; 2QB 61) e *Heatons Transport Ltd vs TGWU* (1973; AC 27).

direito norte-americano (forjado, como bem sabemos, a partir do direito inglês). Nesse sentido: "*Throughout the early days of the Republic, courts recognized that contempt was essentially to preserving the court's integrity and to ensuring respect and obedience of court decrees*"²⁷⁵.

Outro traço peculiar, a realçar ainda mais a constatação de que, por trás do *Contempt of Court*, encontra-se, primordialmente²⁷⁶, a preocupação em preservar a autoridade da magistratura²⁷⁷, encontra-se no fato de que terceiros totalmente estranhos ao processo podem vir a ser penalizados/sancionados em caso de não atendimento de uma certa ordem expedida. As más condutas (*misconduct*) dos jurados, testemunhas, pessoas presentes a uma sessão de julgamento e até mesmo advogados podem ser censuradas por *Contempt of Court*.

Terence Ingman dá exemplo de algumas condutas que, por atentarem contra a autoridade da justiça, podem ser consideradas como *Contempt of Court*²⁷⁸. Apenas para ilustrar, seriam consideradas como *Contempt of Court*, por ofenderem a dignidade da justiça: "*any words or acts which obstruct or interfere with the proper administration of justice in the courts*"²⁷⁹, "*scandalising the court*"²⁸⁰, "*impeding access to the courts*"²⁸¹,

²⁷⁵LIVINGSTON, Margit. Disobedience and contempt. *Washington Law Review*, n. 75, 2000, página 357.

²⁷⁶O instituto tem, como já advertimos (e como veremos a seguir), outra característica/aplicação/finalidade.

²⁷⁷E não coagir o recalcitrante a cumprir a obrigação imposta (como sucede com as *astreintes* do direito pátrio).

²⁷⁸INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002.

²⁷⁹"*In a much-publicised case in May 1993 a young man was sentenced to 14 days' imprisonment for interrupting the proceeding during a trial in the Crown Court at Cardiff. His contempt consisted of wolf-whistling at a female juror from the public (...)* In *Morris v Crown Office [1970] 2 QB 114, CA, some students supporting the Welsh Language Society staged a demonstration in the High Court in London and interrupted the proceedings there. They were found to be in contempt of court and some of them were sent to prison for three months while others were fined*" (INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 174).

²⁸⁰"*Scurrilous abuse of a judge, attacks on his personal character or imputations of partiality are all punishable [...]. In 1900, the writer of an article in a local newspaper, the Birmingham Daily Argus, was proceed against for publishing comments which attacked the personal qualities of Darling J as a judge. The article was held to be a scurrilous personal abuse of the judge and a contempt of court. The writer was fined £ 100 and ordered to pay costs of £ 25 (R v Gray [1900] 2 QB 36, DC)*" (INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 177).

²⁸¹"*It is a contempt to impede a person's right of access the courts. In Raymond x Honey [1982] 1 All ER 756, HL, the governor of Albany Prison stopped a letter written by an inmate to his solicitor because the letter contained an allegation that an assistant governor had committed theft. The inmate thereupon prepared an application to the High Court for leave to commit the governor to prison for contempt arising out of the stopping of his letter. The governor also stopped the application. The House of Lords held that the governor was in contempt of court in stopping the application since his conduct amounted to denial of the inmate's right of access to the courts*" (INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 179).

"refusing to answer questions in court"²⁸², "failing in attending the court in answer to a jury summons"²⁸³, e "bringing tape recorders in court"²⁸⁴.

Júlio César Bueno, além de oferecer uma lista muito mais rica de exemplos (demonstrando a diversificada finalidade do instituto), ainda apresenta pitorescos casos. Segundo o autor, já teriam sido considerados atos de *Contempt of Court*, por exemplo:

[...] a parte que insulta o juiz, a outra parte e seu advogado na sala de audiências; a parte que retira a roupa e deita-se no chão da sala de audiências como forma de protesto contra a decisão proferida pelo juízo; a parte que impede a outra parte de comparecer em juízo, a fim de prejudicá-lo no julgamento do caso; o advogado que faz afirmações inverídicas ao juízo em nome de seu cliente; o advogado que faz barulho a fim de impedir o relato de uma testemunha ou a condução dos trabalhos pelo juiz; [...] o jornal que publica uma série de reportagens, à véspera de um julgamento criminal, condenando abertamente o acusado e ameaçando os jurados na hipótese de absolvição; os jurados que resolvem decidir um caso 'jogando moeda', para obter o veredicto com base na 'cara ou coroa'; o terceiro que desobedece à proibição do juízo de não se fotografar, filmar ou gravar sons na sala de audiências ou nas dependências do tribunal sem a competente autorização necessária; o terceiro que, fora das dependências de um juízo ou tribunal protesta contra a realização de um julgamento e obstrui a condução dos trabalhos com música alta e fogos de artifício.²⁸⁵

Exatamente, pois, por ser encarado como uma espécie de desrespeito à autoridade dos magistrados (pelo menos essa é a mais remota característica do instituto), o *Contempt*

²⁸²"It is a contempt committed in the face of the court for a witness in legal proceedings to refuse to be sworn or to refuse to answer a questions without lawful excuse" (INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 181).

²⁸³"A person may be punished for contempt committed in the face of the court if he fails to attend the court in answer to a jury summons or if, having answered the summons, he is not available to serve as a juror of is unfit for service by reason of drink and drugs" (INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 182).

²⁸⁴"By s. 9 of the Contempt of Court Act 1981, it is a contempt to use in court, or bring into court for use, a tape recorder or other instrument for recording sound, except with the leave of the court, which may be granted subject to conditions" (INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 184).

²⁸⁵BUENO, Júlio César O contempt of court por descumprimento de ordem judicial. **Revista do Advogado**, n. 84, São Paulo: AASP, dez. 2005, páginas 124 a 127.

of Court acabou sendo historicamente sancionado de forma bastante gravosa: o não atendimento da ordem emitida ensejava (como ainda hoje pode ensejar) o recolhimento do recalcitrante a estabelecimento prisional²⁸⁶.

Enfim, embora seja, de fato, mais acentuado no *Contempt of Court* esse binômio "preservação da autoridade judicial + sanção", o instituto pode, em alguns casos, principalmente na seara dos *civil contempts*²⁸⁷, apresentar caráter coercitivo (um pouco mais assemelhado às *astreintes*, portanto).

Na *Common Law*²⁸⁸ é clássica a distinção entre *civil contempt* e *criminal contempt*. Enquanto no *criminal contempt* a atuação do magistrado (em razão do descumprimento de uma hipotética obrigação) se faz, precipuamente, por intermédio de sanções punitivas²⁸⁹, no *civil contempt* a atuação às vezes se dá por meios coercitivos.

Nas palavras de Terence Ingman:

It is a civil contempt, sometimes called a contempt in procedure, to disobey a judgment or order of the court or to act in breach of an undertaking given, either expressly or by implication, to the court. Thus, it is a civil contempt to disobey a decree of specific performance, to act contrary to the terms of an injunction, to defy a prerogative order of mandamus, prohibition, certiorari or habeas corpus, or to fail to honour

²⁸⁶"A pena privativa de liberdade é a mais antiga e tradicional forma de sanção para os casos de *contempt of court* por descumprimento" (BUENO, Júlio César O contempt of court por descumprimento de ordem judicial. **Revista do Advogado**, n. 84, São Paulo: AASP, dez. 2005, página 137).

²⁸⁷Como já havíamos advertido em nota de rodapé algumas páginas atrás.

²⁸⁸Novamente o vocábulo *Common Law*, aqui, é utilizado como sendo representativo do gênero. Em outras palavras, queremos nos referir, no trecho destacado, ao sistema jurídico anglo-saxão como um todo (aquele que se contrapõe à *Civil Law*). Importante destacar, por oportuno, que o fenômeno do *Contempt of Court*, apesar de ser verificado majoritariamente nas tutelas exaradas com base na *Equity*, também pode ser (e é) aplicado na *Common Law* (e aqui, quando falamos em *Common Law*, nos referimos à parte do sistema baseada nos *writs*). Como, contudo, no sistema *at law* as ordens diretas à parte são mais escassas, encontramos na *Equity* maior incidência do *Contempt of Court*.

²⁸⁹"[...] although criminal contempt of court may take a variety of forms they all share a common characteristic; they involve an interference with the due administration of justice, either in a particular case or more generally as a continuing process. It is justice itself that is flouted by contempt of court" (*Attorney-General v Leveller Magazine Ltd* [1979] AC 440, HL, page 449). Julgado citado na obra de HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. New York: Barnes & Noble Books, 2004, página 112.

*an implied undertaking given to the court not to make improper use of documents disclosed on a discovery.*²⁹⁰

Segundo Júlio César Bueno:

Diferentemente do *contempt of court* criminal, que existe para proteger a administração da justiça na condução dos feitos judiciais, o *contempt of court* civil foi concebido como um recurso privado do jurisdicionado, cujo propósito principal seria o de dar efetividade às ordens proferidas em benefício de um litigante individualmente considerado em face de outro, considerado recalcitrante da autoridade judicial.²⁹¹

Pode o magistrado, pois, em casos de *civil contempt*, e sempre visando ultrapassar a resistência apresentada por um dado jurisdicionado ao cumprimento de uma obrigação estipulada: (i) cominar multa (*fine*); (ii) decretar a prisão da parte renitente²⁹²; ou, até mesmo, (iii) proceder ao sequestro de bens²⁹³, entre outros²⁹⁴.

O instituto do *Contempt of Court*, no âmbito do *civil contempt*, quando sancionado por intermédio de multas (*finis*), em certa medida se assemelha à multa coercitiva brasileira (objeto de nosso estudo²⁹⁵). Isso por se prestar a obter do jurisdicionado recalcitrante, por intermédio de um mecanismo coativo (multa pecuniária - *fine*), o desempenho de uma dada obrigação inadimplida.

²⁹⁰INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 206.

²⁹¹BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no direito processual civil brasileiro**. 2001. Tese (Doutoramento em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, página 132.

²⁹²Na Inglaterra, desde 1981, com o *Contempt Court Act*, a sanção prisional para *civil contempts* passou a ter prazo máximo determinado de dois anos.

²⁹³Nesse sentido a lição de Terence Ingman: os Tribunais têm o poder de "*commit a contemnor to prison for an unlimited time or to impose a fine [...]. It is not uncommon, for example, for a person who had disobeyed a court order or committed a contempt in the face of the court to be kept in prison until he had purged his contempt by apology and undertaking to obey the order of the court*" (INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 207).

²⁹⁴Inexiste um rol taxativo de medidas que podem ser tomadas pelo magistrado para sancionar o *civil contempt*. Muito pelo contrário: o juiz é livre para adotar, no caso concreto, a medida que julgar mais adequada. As três medidas acima elencadas são, a despeito da inexistência de *numerus clausus*, as mais adotadas na prática.

²⁹⁵Vide capítulo "V." e seguintes.

Destaca-se, no comparativo traçado, a locução "em certa medida" porque, mesmo quando sancionando um *civil contempt* com uma multa pecuniária, o magistrado inglês/americano não deixa, de certa forma, de fazer atuar o caráter punitivo²⁹⁶ do *Contempt of Court* e, ao fazer atuar esse caráter punitivo²⁹⁷, a *fine* do *civil contempt* volta, inegavelmente, a se afastar das *astreintes* aplicadas em solo brasileiro²⁹⁸.

Com efeito, mesmo quando atuando de forma coercitiva (na seara do *civil contempt*), o sistema da *Common Law* não consegue, talvez pelas raízes históricas do instituto²⁹⁹, desvencilhar-se completamente da noção de punição. Júlio César Bueno bem anotou a questão em sua já citada tese de doutorado:

Sanções puramente punitivas, ou seja, fixadas por atos pretéritos de descumprimento, têm sido impostas por juízos e tribunais em casos de *contempt of court* civil, até mesmo na forma de uma multa fixa ao *contemnor*, contrariando a posição tradicional sobre a natureza e o objetivo do *contempt of court* civil, que a considera inadequada para esse fim.³⁰⁰

Sendo cominada com inegável natureza punitiva³⁰¹, a multa pecuniária do *civil contempt* se distancia, como já assinalado, das *astreintes* previstas pelo artigo 461 do Código de Processo Civil Brasileiro - que, como já se salientou repetidas vezes, tem caráter eminentemente coercitivo.

A multa (*fine*) imposta por *civil contempt* no direito americano, que é fixada, por exemplo, em montante proporcional ao dano sofrido pela parte prejudicada³⁰², obviamente não contribui para o declarado intento coercitivo. Essa vinculação do valor da multa à

²⁹⁶E, como se assinalará adiante, ressarcitório.

²⁹⁷E ressarcitório.

²⁹⁸Pois, como se verá no sucessivo capítulo "V.", a multa coercitiva brasileira não possui caráter punitivo ou reparador, mas apenas e tão somente coercitivo.

²⁹⁹Lembrando a gravidade que representava o ato de *Contempt of Court* em sua mais remota origem: dava-se o *Contempt of Court* quando um dado jurisdicionado deixava de cumprir uma determinação expedida pelo próprio Rei.

³⁰⁰BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no direito processual civil brasileiro**. 2001. Tese (Doutoramento em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, páginas 134 e 135.

³⁰¹Mesmo que a nuance punitiva não seja a principal característica da multa imposta a um *civil contempt*.

³⁰²Conforme salienta Eduardo Talamini (**Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 99).

extensão do dano sofrido pela parte contrária confere à *fine* imposta por *civil contempt* uma natureza inegavelmente ressarcitória (e o caráter ressarcitório da multa fixada certamente elimina o caráter coercitivo³⁰³).

O mesmo "problema" sucede no direito inglês. Como bem destaca Talamini, referindo-se ao sistema anglo-saxão, atribui-se à multa (*fine*), mesmo quando imposta contra *civil contempt*, um "caráter antes punitivo do que coercitivo"³⁰⁴.

Guilherme do Amaral bem sintetiza a questão, ressaltando, com arrimo no estudo de Jennifer Fleischer, que: "uma condenação por *contempt civil*, embora reparatória, também vinga a autoridade da Corte, também pune"³⁰⁵.

Talvez seja por essa difícil separação entre o caráter coercitivo (que parece imperar no *civil contempt*) e o caráter institucional (que parece imperar nos *criminal contempts*), que a doutrina estrangeira venha, já há algum tempo, propondo a extinção da diferenciação³⁰⁶ entre *criminal contempts* e *civil contempts*³⁰⁷.

Talvez seja por essa difícil separação que o instituto seja de tão difícil conceituação. Ele ora se dirige à preservação da autoridade jurisdicional, ora se dirige à facilitação da tutela específica em Juízo, sendo certo que em cada uma das condutas tidas pelas Cortes da

³⁰³ Obviamente que se o jurisdicionado recalcitrante sabe, de antemão, que a sua recusa em cumprir uma certa obrigação dará ensejo, no máximo, a uma reparação pelo equivalente monetário da prestação inadimplida, ele terá muito pouco (ou quase nenhum) incentivo para cumprir o desiderato. Daí decorre a inexistência de efeito coercitivo das multas que, de uma forma ou de outra, sejam vinculadas ao valor da obrigação exigida em Juízo.

³⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 99.

³⁰⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 42.

³⁰⁶ Nesse sentido (pela extinção da diferenciação acadêmica entre *civil contempt* e *criminal contempt*, visto que, na prática, se revela muito difícil o apartamento de uma espécie de *contempt* da outra): (i) *Jenninson v Baker* [1972] 2 QB 52, CA; (ii) *Home Office v Harman* [1982] 1 All ER 532, HL; (iii) *Attorney-General v Newspaper Publishing plc* [1987] 3 All ER 276, CA, entre outros (exemplos tirados de INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002, página 186). A abolição da distinção entre *civil contempt* e *criminal contempt* foi também recomendada em 1974 pelo *Phillimore Committee on Contempt of Court*.

³⁰⁷ Importante ressaltar, mesmo que a título de nota, que a nomenclatura (*civil contempt* e *criminal contempt*) não influi no âmbito de incidência dos institutos. Ou seja, o *civil contempt* não é encontrado apenas no âmbito civil e o *criminal contempt* não é, de forma alguma, encontrado unicamente na seara criminal. Pelo contrário, pode haver *civil contempt* em processos criminais e *criminal contempt* em processos de natureza cível.

Common Law como caracterizadoras de *Contempt Court* ambas as características parecem estar sempre presentes (seja em maior ou menor intensidade).

Talvez em razão dessa dúplice característica a multa imposta por *Contempt of Court* seja, paradoxalmente, tão próxima e tão distante da multa coercitiva brasileira. Talvez seja por todas as conjecturas consignadas ao longo do presente capítulo que Talamini tenha, com acerto, concluído ser "inviável o estabelecimento de exato paralelo com qualquer instituto do direito continental"³⁰⁸.

³⁰⁸TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 97.

IV.II. - AS *ASTREINTES* DO DIREITO FRANCÊS.

1. - ANOTAÇÕES HISTÓRICAS.

Como já apontamos no presente trabalho³⁰⁹, parte da dificuldade experimentada pelos jurisdicionados dos países do sistema continental³¹⁰ em obterem o desempenho da tutela específica em Juízo decorreu da revisitação, pelo *Code Napoléon*, do dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Símbolo dos novos tempos, as diretrizes do Código fruto da Revolução Francesa iriam, sem dúvida nenhuma, influenciar (como de fato influenciaram) as ordenações dos países filiados à tradição romano-germânica. Não demorou muito, portanto, para que o princípio³¹¹ positivado no artigo 1.142 do *Code Napoléon* fosse transplantado para diversos outros ordenamentos³¹².

Esse princípio, de tão propagado (talvez pelo grande significado que supostamente transmitia³¹³), acabou sendo aqui aplicado, apesar de nunca ter sido positivado. Com efeito, como tivemos a oportunidade de destacar no primeiro capítulo deste estudo, apesar de nunca termos tido um dispositivo expressamente veiculando o princípio da "intangibilidade da vontade humana"³¹⁴, a regra foi indubitavelmente aplicada em solo pátrio, fazendo com

³⁰⁹Vide capítulos "I." e "II."

³¹⁰Sistema no qual se insere o Brasil.

³¹¹De que as obrigações de fazer ou não fazer se resolveriam, necessariamente, em perdas e danos em caso de inadimplemento.

³¹²Dentre os quais podemos destacar, pela inegável proximidade com o direito pátrio, os ordenamentos italiano e espanhol, por exemplo.

³¹³O princípio se propunha a garantir a liberdade humana: inexistindo perigo de submissão da vontade de um jurisdicionado ao interesse de outrem, pelo menos no que dissesse respeito à realização forçada de uma conduta pessoal, estar-se-ia garantido um dos basilares preceitos da Revolução. Para que se entenda o real significado (e importância) da regra introduzida pelo Código Napoleônico, devemos lembrar que antes da Revolução era "bastante comum", na França, "que os inadimplementos de algumas obrigações fossem resolvidos com medidas de coerção sobre a pessoa do devedor, inclusive" (NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, páginas 90 e 91). A comprovar o quanto estatuído acima (de que a coerção pessoal sobre o devedor existia, de forma bem alargada, no *Ancien Régime*), a regra "libertária" contida na Lei de 22.07.1867 (que expressamente derogava a coerção pessoal): "*Article 1 - Le contrainte per corps est supprimée en matière civile, commerciale et contre les étrangers. Article 2 - Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police*".

³¹⁴Era assim que os idealistas franceses enxergavam e compreendiam o dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*.

que o sucedâneo das perdas e danos se tornasse a prioritária solução para os casos de inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer³¹⁵.

Surpreendendo a todos, contudo, o ordenamento jurídico responsável por resgatar o dogma *nemo ad factum praecise cogi potest* acabou sendo um dos primeiros³¹⁶ a dele se desapegar, admitindo (paulatinamente, é verdade) a obtenção da tutela específica em Juízo.

Não deixa de causar espécie, pois, o fato de que o sistema jurídico francês, preconizador da regra do sucedâneo indenizatório, tenha desenvolvido, antes mesmo dos países que, por sua influência, vieram a incorporar a regra da "intangibilidade da vontade humana" em seus respectivos ordenamentos, um dos mais efetivos sistemas para a consecução das obrigações de fazer e não fazer e um dos mais eficazes mecanismos de execução indireta (as *astreintes*³¹⁷).

O caminho para essa guinada, entretanto, não foi trilhado sem solavancos, tampouco de forma rápida. Coube, primordialmente, aos Tribunais a árdua tarefa de (i) reconhecer e declarar a inexorável - e evidente - iniquidade que decorria da literal aplicação da inflexível regra do artigo 1.142 do *Code Napoléon*³¹⁸ e (ii) procurar meios para solucionar o rigor³¹⁹ da letra da lei.

³¹⁵Corroborando o quanto aqui afirmado, vale destacar novamente a lição de Ada Pellegrini Grinover: "durante muito tempo a resistência do obrigado foi vista como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A intangibilidade da vontade humana era elevada à categoria de verdadeiro dogma, retratado pelo artigo 1.142 do Código Civil francês, pelo qual 'toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor'" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 253).

³¹⁶Pelo menos no âmbito do direito continental.

³¹⁷Como bem salientam Pierre Julien e Gilles Taormina: "*l'astreinte est certainement la voie indirecte d'exécution forcée en nature la plus utilisée et la plus efficace*" (JULIEN, Pierre; TAORMINA, Gilles. **Voies d'exécution et procédures de distribution**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010, página 45).

³¹⁸Eis a redação original do dispositivo em questão: "*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*".

³¹⁹A disposição legal acima transcrita era tão incisiva (e clara) que houve quem chegasse a defender a tese (com certa razão) de que a obrigação contraída entre particulares, sob a égide do quanto disposto no artigo 1.142 do Código Napoleônico, caracterizava-se como mera faculdade ao obrigado (vez que o credor não possuía meios de obter, em caso de inadimplemento, o desempenho coativo do dever assumido). O obrigado decidia se iria ou não cumprir o avençado. Decidindo por não honrar a prestação assumida, estaria sujeito, apenas e tão somente, ao pagamento do equivalente pecuniário da obrigação inadimplida. Como bem salienta Stéphane Piedelièvre, "*l'article 1.142 du Code civil prévoit que l'inexécution des obligations de faire se résout en dommages et intérêts. Cette disposition ne permet pas en principe au créancier d'exiger l'exécution par le débiteur de ses obligations en nature*" (PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 179).

Uma primeira tentativa de remediar a situação foi feita pelo Tribunal Civil de Cray, em 25.03.1811. Utilizando um mecanismo coercitivo pecuniário (denominado de *astreintes*) para forçar o devedor a realizar a obrigação inadimplida que estava sendo discutida em Juízo, a jurisprudência francesa deu o primeiro passo para o reconhecimento da tutela específica no período pós-Revolução.

É bem verdade que o mecanismo aplicado pela corte francesa nessa primeira tentativa de fazer valer, em Juízo, a obrigação contraída (ao invés do sucedâneo das perdas e danos) acabou não se apresentando como dos mais eficazes. Isso porque, nesse inicial momento (ao contrário do que ocorre hoje), a quantia resultante da multa incidente durante o tempo de renitência do devedor viria a integrar, ao final, o montante da indenização a ser fixada a título de perdas e danos. Ou seja, a multa pecuniária (*astreinte*) acabava possuindo, nessa primeira tentativa jurisprudencial, inegável caráter indenizatório e, ao possuir inegável caráter indenizatório, estava totalmente descartada a possibilidade dela influir na vontade do devedor, constringendo-o ao desempenho da obrigação inadimplida³²⁰.

O fato é que, não obstante o caráter indenizatório, iniciava-se um movimento que não teria volta, um movimento de superação do princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*, tendente a permitir (e até, de certo modo, a incentivar) a procura da tutela específica em Juízo.

Esse movimento, como já advertimos, não se deu de forma pacífica e unânime. A doutrina se opôs ferrenhamente à criativa atividade das Cortes, argumentando que a imposição de multa para constringer o devedor a desempenhar uma determinada conduta em Juízo não encontrava amparo em texto legal e que as *astreintes*, tratando-se de verdadeira pena³²¹, violaria o clássico preceito *nulla poena sine lege*.

³²⁰Obviamente que se o jurisdicionado recalcitrante souber, de antemão, que o montante da multa aplicada em decorrência de sua recusa em cumprir uma certa obrigação será incluído nas perdas e danos ao final fixada, ele terá muito pouco (ou quase nenhum) incentivo a cumprir o desiderato. Como bem salienta Calvão da Silva, as *astreintes*, nesse primeiro momento, não passavam de uma "falsa *astreinte*" (in **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 4. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 2002, página 376).

³²¹E a caracterização das *astreintes* como verdadeira "pena", pelo menos nesse primeiro momento jurisprudencial, não pode ser taxada de equivocada, vez que as *astreintes* funcionavam, como destacamos alhures, como uma espécie de "indenização adiantada" (tanto que seriam englobadas nas perdas e danos a serem ao final fixadas pelo Poder Judiciário).

Stéphane Piedelièvre bem resume os precedentes parágrafos:

Sous l'Ancien Régime, l'astreinte était couramment pratiquée. Pourtant lors des codifications napoléoniennes, cette question fut passée sous silence. La jurisprudence au XIX siècle a fait renaître cette institution. Elle fut d'abord utilisée pour accorder une faveur au débiteur. Lorsqu'ils accordaient un délai de grâce, les juges avertissaient le débiteur que s'il ne s'exécutait pas à l'expiration du délai, il serait condamné à une somme déterminée de dommages-intérêts qui étaient calculés sur le préjudice subi effectivement par le créancier (...) Les juges faisaient parfois référence à l'article 1036 de l'ancien Code de procédure civile de 1806, qui disposait que 'les tribunaux, suivant les circonstances, pourront prononcer même d'office des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements'.³²²

Não obstante a insistente oposição da doutrina, a Corte de Cassação, em julgado de 1825³²³, veio a consagrar as *astreintes* como meio idôneo à obtenção da tutela específica em Juízo. Interessante notar que, a despeito de ter atribuído às *astreintes*, nesse célebre e inovador julgamento de 1825, um caráter menos ressarcitório e mais coercitivo³²⁴, a natureza da multa pecuniária permaneceu indefinida por mais de um século, até 1959.

Sabemos³²⁵, por exemplo, que uma Lei de 1949, ao regulamentar as *astreintes* em ações de despejo, expressamente consignava que a futura liquidação da multa estaria circunscrita ao efetivo prejuízo suportado pela parte contrária - o que evidenciava, de forma clara, o caráter ressarcitório dado às *astreintes* por esse específico diploma (em evidente contraposição ao julgado de 1825, acima mencionado).

³²²PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 185.

³²³Ou seja, quatorze anos após o provimento do Tribunal Civil de Cray.

³²⁴Compatível, portanto, com a atual configuração das *astreintes* (que, como veremos nos sucessivos parágrafos do presente capítulo, é totalmente desvinculada do montante dos eventuais prejuízos sofridos pelo credor em decorrência da demora na realização do ato inadimplido).

³²⁵Exemplo colhido de GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, página 111.

Contudo, em 1959³²⁶, e como já adiantado, a *Première Chambre Civile de la Cour de Cassation* sepultou a questão, definindo que as *astreintes* constituíam medida completamente dissociada das perdas e danos. Como bem salienta Stéphane Piedelièvre:

*Par un arrêt du 20 octobre 1959, la Cour de cassation a donné une certaine autonomie à l'astreinte en la définissant comme 'une mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts', qui 'n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard, et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés' (Cass., 1^{re} civ., 20 oct. 1959).*³²⁷

No mesmo sentido, ressaltando que a partir do julgado de 1959 as *astreintes* passaram a ter uma clara natureza coercitiva, Pierre Julien e Gilles Taormina:

*L'astreinte peut être définie comme une condamnation pécuniaire prononcée par le juge, ayant pour but de vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant, et de l'amener à exécuter une décision de justice [...] Elle ne doit, de même, pas être cofondue avec des dommages-intérêts prononcés pour résistance abusive.*³²⁸

O que se quer apontar, em suma, com a breve digressão histórica realizada nos precedentes parágrafos, é que deve ser creditado aos magistrados a árdua empreitada de ter suavizado, pouco a pouco, passo a passo, o rígido preceito insculpido no artigo 1.142 do Código Napoleônico.

O que também se quer deixar consignado com as considerações históricas até agora tecidas é que as *astreintes* do direito francês como hoje são conhecidas³²⁹ são, antes de

³²⁶Mais especificamente em 20.10.1959.

³²⁷PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 186.

³²⁸JULIEN, Pierre; TAORMINA, Gilles. **Voies d'exécution et procédures de distribution**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010, páginas 46 e 47.

³²⁹Meio de coerção destinado à facilitação da obtenção da tutela específica em Juízo.

mais nada, produto da criação pretoriana³³⁰. Foram os magistrados franceses que, insistentemente (e enfrentando declarada oposição doutrinária), forjaram os traços caracterizadores desse importante instituto destinado à obtenção da tutela específica em Juízo. Como bem aponta Asdrubal Nascimbeni:

[...] podemos notar, então, a importância desse instituto, ao se levar em conta, justamente, a forma como ele surgiu para o mundo jurídico: foi objeto de uma construção jurisprudencial para poder suprir a falta de mecanismos legais que induzissem o devedor a cumprir com sua obrigação na forma específica. E mesmo tendo de início, contra si o descrédito de boa parte da doutrina francesa, acabou por prevalecer, influenciando, inclusive, no decorrer dos anos seguintes, vários outros ordenamentos jurídicos de diversos países, como, mais recentemente, o Brasil.³³¹

A construção jurisprudencial, por estar encampando uma interpretação mais "justa" do direito³³², passou a ser paulatinamente aceita pela doutrina até que, finalmente, acabou sendo positivada³³³. O primeiro diploma a regulamentar, de forma sistemática, as *astreintes* foi a Lei n° 72-626, de 05.07.1972.

Em 09.07.1991, veio à lume a Lei n° 91-650 que, reformando integralmente o processo de execução francês³³⁴, passou também a regulamentar as *astreintes*.

³³⁰"*L'astreinte est une institution de création prétorienne distincte des mécanismes de la responsabilité civile*" (VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 281).

³³¹NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, página 92.

³³²Lembrando que, segundo Dinamarco, o ordenamento jurídico que oferte aos jurisdicionados apenas o sucedâneo das perdas e danos é um sistema que distribui "meia-justiça" (e era esse "sistema" de "meia-justiça", preconizado pelo Código Napoleônico, que a jurisprudência francesa estava querendo moldar). Para aprofundamento do significado do termo "meia-justiça", utilizado como paradigma para a presente anotação: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Tomo I, página 447.

³³³E, com a positivação, acabaram sendo enterrados os argumentos dos estudiosos contrários às *astreintes*.

³³⁴"Quanto ao livro quinto, intitulado *les voies d'exécution*, e que não contém atualmente nenhuma disposição, deverá, em breve, ser substituído por um *Code des voies civiles d'exécution*. Enquanto isso não ocorre, a legislação anterior (Lei n° 91-650, de 09.07.1991, e o seu respectivo regulamento, Decreto n° 92-755, de 31.07.1992, entre outras), continua sendo aplicada em matéria de execução" (LEONEL, Ricardo de Barros. **Direito processual civil francês**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010, página 118).

2. - CARACTERÍSTICAS DAS ASTREINTES.

Hodiernamente, o instituto das *astreintes* vem disciplinado não só pela Lei geral n° 91-650, com as alterações introduzidas pela Lei n° 92-644³³⁵, mas também pelo Decreto n° 92-755³³⁶, que a regulamenta - e por alguns dispositivos esparsos do *Code de Procédure Civile*³³⁷.

Ainda que uma ou outra nova nuance tivesse sido agregada ao instituto (ou dele suprimida) no processo de positivação, a análise conjunta dos artigos 33³³⁸ e 34³³⁹ da Lei 91-650 (que são a "espinha dorsal" do instituto) demonstra que as principais características das *astreintes*, forjadas pela jurisprudência ao longo do tempo, acabaram sendo respeitadas pelo legislador. A multa coercitiva francesa, tal qual positivada, tem por inegável e declarado escopo constringer a parte recalcitrante a adimplir a obrigação convencional, legal ou judicial assumida ou imposta³⁴⁰.

François Chabas conceitua de forma primorosa o instituto:

*L'astreinte, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts, et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard et est normalement liquidée en fonction de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés.*³⁴¹

De forma mais alongada, por abordar o assunto a partir da perspectiva histórica, assim se pronuncia Stéphane (sobre a natureza e função das *astreintes*):

³³⁵De 13.07.1992.

³³⁶De 31.07.1992.

³³⁷Entre outros, por exemplo, os artigos 11, 134, 136, 139, 290 e 943 (*astreintes* utilizadas para fins instrutórios) e 484 e 491 (*astreintes* cominadas às *référés*, para dar-lhes efetividade) etc.

³³⁸"*Toute juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*".

³³⁹"*L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte est provisoire ou définitive*".

³⁴⁰Como veremos a seguir, as *astreintes* têm um alargado campo de aplicação no direito francês, prestando-se não somente a contribuir para a consecução de obrigações convencionalmente assumidas por um dado jurisdicionado, mas também a contribuir para o desempenho de obrigações advindas de lei e até mesmo para obrigações decorrentes do próprio processo (as chamadas "*astreintes* internas ao processo" - que serão na sequência examinadas).

³⁴¹CHABAS, François. *L'astreinte en droit français*. **Revista de Direito Civil**, n. 69, página 51.

*La nature juridique de l'astreinte a été controversée. Initialement conçue comme une variante de la responsabilité civile, cette explication ne peut plus être retenue aujourd'hui [...]; elle est d'ailleurs expressément condamnée par l'article 34 de la loi du 9 juillet 1991 qui dispose que 'l'astreinte est indépendante des dommages et intérêts'. Elle présente un caractère essentiellement comminatoire, en ce sens qu'elle recherche essentiellement un effet d'intimidation.*³⁴²

Em razão, pois, dessa sua declarada função coercitiva é que as *astreintes* não se vinculam, de forma alguma (ao contrário do que preconizavam os primeiros julgados que admitiram o instituto), às eventuais perdas e danos experimentadas pela parte prejudicada com o inadimplemento. O artigo 34, transcrito na precedente página, é claro, não deixando margens a dúvidas: "*l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts*".

É também em razão dessa sua natureza coercitiva que as *astreintes* devem ser arbitradas em montante desvinculado do valor da obrigação perseguida em Juízo e em quantia consideravelmente alta, pois só assim influirá, de fato, na vontade do devedor. Nesse sentido, a lição de Piedelièvre: "*pour cette raison [ou seja, exatamente por ter um caráter essencialmente cominatório]*³⁴³, *elle est fixée à un chiffre élevé, supérieur au montant du préjudice subi par le créancier*"³⁴⁴.

Uma vez abordados os contornos históricos das *astreintes* e fixado seu núcleo conceitual³⁴⁵, sobre o qual os doutrinadores estrangeiros ancoram suas lições e projetam suas reflexões, podemos voltar nossas atenções às demais características do instituto³⁴⁶.

³⁴²PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 186.

³⁴³Observação entre colchetes inserida para melhor entendimento do excerto.

³⁴⁴PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 186.

³⁴⁵Demonstramos, ao realizarmos um rápido recorte histórico do instituto, que a *astreinte* é medida coercitiva, distinta das perdas e danos, talhada pela jurisprudência com o escopo de facilitar a obtenção da obrigação específica em Juízo.

³⁴⁶Características essas que serão extremamente importantes para o futuro cotejo do instituto alienígena com a multa coercitiva prevista no artigo 461 do nosso Código de Processo Civil. Não só: o estudo mais detalhado da *astreinte* francesa poderá facilitar a colmatagem das inegáveis lacunas deixadas pelo legislador brasileiro nos poucos artigos de lei destinados à regulamentação da multa coercitiva no nosso diploma processual.

Para nos desincumbirmos de uma das promessas feitas em uma das notas de rodapé anteriores (de que examinaríamos, com pormenor, o vasto campo de aplicação das *astreintes*), cumpre ressaltar, inicialmente, que, diferentemente do que ocorre, em certa medida, no direito brasileiro, a multa coercitiva francesa possui um campo de incidência quase que irrestrito.

Como bem ressalta François Vinckel:

*L'astreinte couvre un vaste domaine et peut garantir le respect de toute condamnation ou injonction prononcée par le juge. La source de l'obligation qui fait l'objet de la condamnation principale importe peu: elle peut indifféremment consister en un acte ou un fait juridique, voire résulter de l'autorité seule de la loi. De même, la nature de l'obligation est en principe indifférente.*³⁴⁷

Com efeito, além de poderem ser utilizadas para obtenção do desempenho forçado das clássicas obrigações de fazer e não fazer contratualmente assumidas, as *astreintes* ainda podem ser cominadas para o cumprimento de deveres advindos de lei e para atendimento de obrigações impostas pelos magistrados no curso do processo (as chamadas "*astreintes* internas ao processo"³⁴⁸).

No tocante às obrigações contratuais, admite-se, de forma pacífica, a imposição de *astreintes* tanto para forçar o desempenho de obrigações fungíveis, quanto para obter a realização das infungíveis³⁴⁹. Na seara das obrigações fungíveis, o credor é livre para decidir se prefere obter do devedor o desempenho pessoal da incumbência inadimplida (o que dará ensejo à incidência das *astreintes*) ou se prefere que um terceiro realize a conduta recusada às suas custas (mecanismo que exclui a possibilidade de ser cominada multa

³⁴⁷VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 282. Como pertinentemente anota Talamini: "fala-se na 'extensão crescente' do domínio da *astreinte* e aponta-se a sua pertinência antes ao 'direito judiciário' do que à 'teoria das obrigações'" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 53).

³⁴⁸Expressão cunhada por TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 55.

³⁴⁹Vide, por todos, CARBONNIER, Jean. **Droit civil - les obligations**. 13. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, v. IV.

pecuniária)³⁵⁰. No campo das obrigações infungíveis, existe, apenas, resistência em se aplicar a técnica da multa coercitiva para a realização de deveres artísticos³⁵¹, como destaca Eduardo Talamini:

[...] um dos únicos campos em que freqüentemente se afirma a inaplicabilidade da *astreinte* é o concernente ao direito moral do autor, artista e ator, que não poderiam ser constrangidos à concepção ou interpretação de obra artística previamente contratada, de modo que a obrigação deveria recair em perdas e danos. O fundamento dessa orientação reside no princípio de que o artista tem o direito exclusivo de decidir se uma obra é digna de si.³⁵²

Em nosso sentir, as razões que poderiam levar à inexigibilidade coativa dos deveres artísticos em Juízo seriam de outra ordem (que não o sentimento de "dignidade" nutrido pelo artista em relação à sua obra)³⁵³.

Sobre as "*astreintes* internas ao processo" (determinações judiciais exaradas ao longo do processo, que, apesar de não veicularem a obrigação principal objeto da demanda, podem se fazer acompanhar de *astreintes*) Guilherme Rizzo Amaral traz, em seu livro, ilustrativos exemplos:

[...] o artigo 11 [do *Code de Procédure Civile*] permite a aplicação de *astreinte*, a pedido da parte, caso a parte contrária possua elemento de prova e negue-se a apresentá-lo. O artigo 134 trata da aplicação da *astreinte* para apresentação de documento por uma parte à outra, sendo que o documento não apresentado pode ser excluído do debate. O artigo 136 autoriza a utilização da *astreinte* para a devolução de documento fornecido por uma das partes à outra, e o artigo 139 possibilita a aplicação da multa contra terceiro que se nega apresentar documento

³⁵⁰Obviamente, além das duas opções elencadas, o credor teria uma terceira "opção" (que na verdade não é uma opção, mas um lenitivo), que seria a conversão da obrigação em perdas e danos. Essa "opção", por não se enquadrar no "campo" das tutelas específicas (objeto do presente trabalho), fica aqui registrada apenas como nota de rodapé.

³⁵¹Uma das subespécies de deveres infungíveis.

³⁵²TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 54.

³⁵³Voltaremos ao assunto, com detalhes, no capítulo "V".

solicitado pelo juiz. O artigo 275 permite ao juiz fixar *astreinte* para apresentação, pelas partes, de documentos solicitados pelo perito, e o artigo 290 possibilita a utilização da medida para pressionar a parte a apresentar documento necessário para resolver impugnação à autenticidade de documento escrito à mão.³⁵⁴

Os diversos dispositivos acima citados demonstram que as *astreintes*, no direito francês, se prestam a reforçar decisões judiciais diversas e não somente aquelas que veiculam a tutela obrigacional propriamente dita. Por exemplo, a multa coercitiva pode, como vimos na lição de Guilherme Amaral, ser utilizada para fins instrutórios (ao contrário do que ocorre aqui no Brasil³⁵⁵). Mais: o artigo 139 do *Code de Procédure Civile* deixa claro, ainda, que as *astreintes* não se restringem às partes do feito, podendo atingir terceiros estranhos ao processo (o que também não sucede em solo pátrio).

Para realçarmos ainda mais o alargado âmbito de incidência da multa coercitiva francesa, devemos mencionar que o instituto é comumente utilizado no campo do direito do trabalho, do direito de família, na seara do direito da propriedade intelectual e concorrencial, sendo hoje admitido, inclusive, para obtenção coativa do dever de pagar quantia³⁵⁶. Como bem ressalta Taruffo:

[...] sendo este instituto uma medida coercitiva particularmente eficaz, desenhou-se que uma nítida tendência 'à sua generalização', ou seja, a que o seu emprego tivesse lugar todas as vezes que se tratar de assegurar a atuação coativa de uma obrigação consagrada num pronunciamento judicial.

³⁵⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 35 (observação entre colchetes não consta do original).

³⁵⁵ Vide, por exemplo, o verbete da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, que diz, expressamente, não ser cabível a aplicação de multa cominatória na ação de exibição de documentos.

³⁵⁶ Nesse sentido o julgamento, em 29.05.1990, da apelação 87-40182, da *Cour de Cassation* e a lição de Roger Perrot e Philippe Théry (PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. **Procédures civiles d'exécution**. Paris: Dalloz, 2000, página 86): "*pendant longtemps, les tribunaux se sont montrés hostiles à la condamnation sous astreinte au paiement d'une somme d'argent (Cass. civ., 28 oct. 1918, S. 1919, I, 89). La raison en était que le créancier pouvait toujours recourir aux voies d'exécution. En outre, on faisait valoir que l'article 1153 du Code civil prévoyant l'attribution de dommages et intérêts moratoires calculés au taux légal. Cette solution ne pouvait pas perdurer à partir du moment où l'on analyse l'astreinte comme une peine privée. Il n'est donc pas étonnant que la Cour de cassation ait modifié sa solution sur cette question (Cas. com., 3 déc. 1985, Bull. civ., IV, n° 286; RDT civ., 1986, 745, obs. Mestre; Cass. soc., 29 mai 1990, Bull. civ. V, n° 244; RDT civ., 1991, 534, obs. Mestre)*".

Isto implica que se supere a originária ligação entre as *astreintes* e as obrigações de fazer ou de não fazer infungíveis, e a extensão do instituto a qualquer tipo de obrigação. A *astreinte* é aplicada também quando se trata de cumprimento de prestações pessoais, por exemplo, prestações de trabalho, e, superado o princípio segundo o qual a *astreinte* seria uma medida coercitiva subsidiária, tem-se admitido seu uso também quando se trata de obrigações de fazer ou de não fazer que, sendo fungíveis seriam, em tese, suscetíveis de execução específica, por conta de um terceiro. Seu uso abrange também as condenações a entregar ou a liberar, que também são executáveis sob forma específica e também nas hipóteses de obrigações de dar em geral, e, mais especificamente, as hipóteses de condenação ao pagamento de uma soma em dinheiro. Esse instituto não é mais, portanto, uma técnica de execução indireta, conexa a certos tipos determinados de situações substanciais, ou a situações com relação às quais não sejam utilizáveis outras formas de execução. É, hoje, isto sim, um instituto geral, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras formas de execução [...].³⁵⁷

Apesar do alargado campo de incidência das *astreintes* (que, como vimos, abarca vários ramos do direito, tanto público como privado), a doutrina francesa é, curiosamente, unânime em apontar as questões que devem ser levadas em consideração pelo juiz ao fixar as *astreintes* (o que não deixa de causar certa estranheza, dado o fato de que a decisão que comina a multa coercitiva não precisa ser motivada³⁵⁸).

A despeito dessa aparente contradição sistêmica³⁵⁹, os processualistas têm elencado três aspectos que devem ser observados pelo juiz no momento da veiculação das *astreintes*: (i) a gravidade da conduta ou abstenção praticada pelo devedor renitente, (ii) os recursos financeiros do réu recalcitrante e (iii) a capacidade de sua resistência.

³⁵⁷TARUFFO, Michele A atuação executiva dos direitos: perfil comparatístico. **Revista de Processo**, ano 15, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1990, páginas 90 e 91.

³⁵⁸O magistrado francês está dispensado de motivar a decisão que fixa as *astreintes*: "*le juge qui prononce une astreinte n'a pas à motiver sa décision*" (PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 180). Nesse sentido: *Civ. 3, 9 déc., 1983, Bull. civ. III, n° 219*.

³⁵⁹Se o magistrado não precisa fundamentar o provimento que comina a multa, inexistiria, em nosso sentir (e salvo melhor juízo), razão para se fixar, doutrinariamente, requisitos a serem observados pelo juiz. Com efeito, a ausência de fundamentação impediria (como de fato impede) que o jurisdicionado prejudicado possa alegar, em um hipotético recurso, a eventual não conformidade da decisão com os aspectos pré-estabelecidos em doutrina. Essa reflexão, contudo, não infirma a importância (pelo menos para nós, que estudamos o instituto com declarado escopo comparativo) dos aspectos que a doutrina francesa, com percuciência, convencionou serem essenciais à correta fixação das *astreintes*.

Segundo a melhor doutrina, a multa fixada com base em um criterioso exame dos citados aspectos atingiria um maior grau de coercibilidade, contribuindo para a efetividade do instituto. Essa criteriosa análise preconizada também minimizaria algumas injustiças que vêm sendo cometidas por alguns magistrados, que têm cominado altíssimas *astreintes* em desfavor de réus desprovidos de mínima capacidade financeira³⁶⁰.

Os aspectos destacados (que ditam, no final das contas, o valor e a periodicidade da coerção a ser fixada) ganham especial relevo quando nos voltamos a mais uma importante característica do instituto: tal qual a multa coercitiva brasileira, as *astreintes* do direito francês podem ser cominadas de ofício pelo magistrado³⁶¹, sendo o valor de sua incidência revertido em benefício da parte prejudicada com o inadimplemento³⁶².

Vale a pena salientar, mesmo que de forma rápida e superficial, que a destinação da multa ao credor (e não ao Estado) não decorre de expresso texto de lei. Em outras palavras: inexistente disposição legal no ordenamento francês definindo quem seria o legítimo beneficiário do produto da multa (o Estado ou o particular).

³⁶⁰Proceder que, além de representar uma injustiça, torna o instituto da *astreinte* totalmente ineficaz. Com efeito, pouco provavelmente a cominação de um exorbitante valor, logo de início, a título de multa, fará com que o devedor de poucas posses se sinta compelido a desempenhar a prestação que lhe está sendo exigida em Juízo. Cômico de que a *astreinte*, no primeiro momento de sua incidência, já sobejará a força de seu patrimônio, o demandado tenderá a simplesmente ignorar o comando judicial. O fato, contudo, do devedor simplesmente ignorar o comando judicial por saber que não poderá arcar com o valor da multa, não elimina a dura constatação: o valor acumulado será devido e deverá ser, mais cedo ou mais tarde, pago pelo demandado.

³⁶¹"Article 33 - *Toute juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*". A possibilidade de o magistrado impor, de ofício, a *astreinte* poderia denotar, à primeira vista, que o instituto se destinaria à preservação da autoridade das decisões judiciais (como é o caso do *Contempt of Court*, por exemplo - vide capítulo "IV.I."). Não é esse, entretanto, o entendimento que predomina na doutrina francesa. As *astreintes* podem ser impostas de ofício em razão do poder de *imperium* inerente ao exercício da judicatura, destinando-se, sempre, e contudo, à facilitação da obtenção da tutela específica inadimplida (e não à preservação da autoridade da decisão judicial - como ocorre com o *Contempt of Court*). Em sentido contrário, adotando posição quase isolada na doutrina (entendendo que as *astreintes* se prestam, sim, à assegurar o respeito à decisão judicial), François Vinckel: "*Le prononcé d'une astreinte est destiné à assurer le respect des décisions du juge: ce pouvoir relève davantage de l'imperium que de l'office juridictionnel du juge*" (VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 282).

³⁶²Sempre lembrando que o recebimento do crédito decorrente da incidência das *astreintes*, no ordenamento jurídico francês, não interfere na fixação (e recebimento) de eventuais perdas e danos e não isenta o devedor recalcitrante do dever de desempenhar a obrigação perseguida, mesmo que tardiamente (obviamente desde que tal desempenho tardio ainda seja proveitoso para o credor). Em outras palavras: o recebimento das *astreintes* pode se dar, dependendo do caso, cumulativamente ao cumprimento da obrigação exigida em Juízo e ao recebimento da indenização por perdas e danos.

Foi a jurisprudência que, partindo da mais remota conceituação do instituto (quando ele possuía inegável viés ressarcitório), acabou sedimentando, pouco a pouco, o entendimento de que o particular seria o titular do montante³⁶³. A despeito das *astreintes* não serem, já de longa data, meio ressarcitório (mas sim coercitivo) e a despeito do montante advindo da multa não se confundir com as perdas e danos, o histórico destinatário do produto da *astreinte* (o credor particular) continua sendo o atual beneficiado.

Não que o legislador francês não tenha tentado disciplinar a questão de modo diferente (destinando, expressamente, a multa ao Estado). Discussões nesse sentido surgiram quando da elaboração das Leis n° 72-626 e 91-650, mas a ausência de convergência sobre o tema (que é, de fato, polêmico) acabou obstando a inclusão de tal aspecto nas normas que viriam a reger o instituto.

Inexistindo, pois, expressa disposição legal³⁶⁴, manteve-se a orientação jurisprudencial: o produto da multa continua se destinando ao credor.

O fato do produto da multa se destinar ao particular (ao invés do Estado) vem sendo objeto de severas críticas por parte da doutrina, que se preocupa com o potencial enriquecimento sem causa do credor. Nesse sentido: "*l'intégralité du montant de l'astreinte est attribuée au créancier. Cette solution est parfois critiquée au nom de l'équité, car elle conduit à un enrichissement du créancier*"³⁶⁵.

A preocupação não é sem razão: como assinalado na nota de rodapé da precedente página, dependendo do rumo que o processo vier a tomar, o credor pode vir a obter, em

³⁶³A razão para a histórica opção em favor do credor (em detrimento do Estado) era lógica: se o produto da multa, nesses primeiros tempos, viria a integrar, ao cabo do processo, o montante da indenização a ser fixada a título de perdas e danos em favor do credor, nada mais lógico do que ser a ele entregue o valor das *astreintes*.

³⁶⁴Exceção às *astreintes* veiculadas em processos administrativos - que examinaremos a seguir.

³⁶⁵PIEDELÈVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 183.

uma só demanda, o recebimento cumulativo do valor da multa e das perdas e danos³⁶⁶ (além do desempenho da obrigação exigida).

Para atenuar esse possível enriquecimento sem causa, estudiosos apontam que alguns juízes começaram a abrandar o valor das multas cominadas³⁶⁷ (medida essa que acaba, sem sombra de dúvida, subtraindo muito do potencial coercitivo das *astreintes*). Como mais palpável e sintomático reflexo da polêmica instaurada, o Código de Justiça Administrativa francês³⁶⁸ trouxe dispositivo partilhando o produto das *astreintes* fixadas em procedimento administrativo entre o credor da prestação inadimplida e a Fazenda: "*la juridiction peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant*"³⁶⁹.

A específica disposição acima indicada não teve, contudo, o condão de alterar a realidade das coisas no processo judicial: como regra geral, o destinatário da multa e Juízo continuou (e continua) sendo o credor particular. Como regra geral, o sistema continuou admitindo o risco de um possível enriquecimento sem causa, para não retirar o caráter coercitivo das *astreintes*.

Aproveitando o ensejo de estarmos tratando de questões afetas ao Estado, vale a pena destacar, mesmo que não nos aprofundemos muito no tema, ser assente na doutrina e jurisprudência francesas o cabimento de *astreintes* contra e a favor da Fazenda Pública. O Poder público, no banco dos réus, pode ser constrangido a desempenhar uma dada conduta sob pena de imposição de multa, sendo certo, como outro lado da moeda, que a Fazenda pode, atuando como autora, constranger seu adversário a adimplir uma certa obrigação pleiteando a cominação de multa coercitiva para o caso de descumprimento.

³⁶⁶Corroborando nossa afirmação: "*La conséquence en est qu'un créancier a la possibilité de cumuler une astreinte et des dommages-intérêts. Ces derniers seront calculés selon de règles de droit commun; ils sanctionnent le dommage subi par le créancier du fait de l'inexécution par le débiteur de ses obligations, alors que l'astreinte sanctionne l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'une décision de justice*" (PIEDELÈVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 183).

³⁶⁷Tendência essa notada, entre outros, por Michele Taruffo, Calvão da Silva e François Vinckel (TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfil comparatístico. **Revista de Processo**, ano 15, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1990; SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997 e VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008).

³⁶⁸Diploma aplicável aos litígios administrativos (e o sistema judiciário na França é dual, contando com uma jurisdição administrativa e uma jurisdição judicial).

³⁶⁹*Article L 911-18 du Code de Justice Administrative*. A questão do titularidade do produto das *astreintes* e do aventado enriquecimento sem causa do credor será abordado, no presente estudo, no tocante à multa coercitiva brasileira, no capítulo "VI.II".

Outra característica importante do instituto diz respeito à possibilidade de se cominar as *astreintes* em decisões liminares/antecipatórias: os *référés* do *Code de Procédure Civile*³⁷⁰. Tal qual sucede no Brasil, também no direito francês verificamos uma grande incidência das *astreintes* nas medidas acautelatórias/antecipatórias³⁷¹.

Por ser acessória a multa coercitiva³⁷², sendo cassado ou reformado o provimento antecipatório ou final que reconheceria a "procedência" da obrigação exigida em Juízo, considerar-se-á cassada ou reformada a *astreinte*, que não poderá mais ser exigida pelo suposto credor³⁷³.

No tocante à periodicidade, a multa, a despeito de ser ordinariamente fixada "por dia de atraso", pode vir a ser atrelada a qualquer unidade temporal (horas, semana, meses³⁷⁴), sendo certo que sua incidência³⁷⁵ perdurará até a realização da obrigação perseguida ou até que ela se impossibilite (por culpa, ou não, do demandado). De se frisar, ainda, que a *astreinte* nem sempre se vinculará a uma unidade de tempo, podendo, à vista dos especiais caracteres da obrigação à qual foi atrelada (casos de obrigações instantâneas, por exemplo), ser imposta por ato praticado/infração cometida.

Em termos procedimentais, as *astreintes* francesas se dividem, por expressa disposição legal, em provisórias e definitivas. Segundo o artigo 34, 1 e 2, da Lei n° 91-650, "[...] *l'astreinte est provisoire ou définitive. L'astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif*".

³⁷⁰Sobre os *référés*, valemo-nos da lição de Eduardo Talamini: "É precipuamente através dos *référés* que se desenvolve a adequada tutela (antecipada ou meramente conservatória) nas hipóteses em que não se pode aguardar a normal demora do processo - inclusive em relação aos deveres de fazer e não fazer (CPC francês, arts. 484 a 492, 808 a 810, 848 a 850, 872 e 873). O procedimento de *référé* permite proteção rápida, mediante cognição sumária, em três diferentes grupos de hipóteses: i) outorga de medidas exigidas pela urgência da situação (arts. 808, 848 e 872); ii) cessação de turbações manifestamente ilícitas e prevenção de danos iminentes (arts. 809, 1, 849, 1, e 873, 1); e iii) efetivação de um dever não seriamente contestado (arts. 809, 2, 849, 2, e 873, 2)" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 55).

³⁷¹Importante destacar que, no direito francês, o valor da multa cominada em decisão liminar pode ser revista na decisão final a ser proferida.

³⁷²E seguir, portanto, a sorte do "principal" (e o "principal" é o provimento que a veicula).

³⁷³Sendo certo que eventual montante recebido em razão de execução provisória deverá, também, ser devolvido pelo "credor" sucumbente.

³⁷⁴A doutrina noticia emblemático caso em que as *astreintes* foram estipuladas por segundo de descumprimento (hipótese que se discutia a veiculação televisiva de publicidade).

³⁷⁵Que se inicia com o descumprimento da decisão que a veicula.

Em regra, pois, inexistindo expressa manifestação do juiz ao fixá-las, as *astreintes* serão provisórias. Tal espécie de cominação, diferentemente do que sucede com as definitivas, caracterizam-se por poderem ser modificadas (reduzidas ou majoradas) até a sua liquidação, a depender do comportamento do devedor e das dificuldades por ele encontradas no cumprimento do comando judicial³⁷⁶. Eis a lição de Pierre Julien e Gilles Taormina:

*L'astreinte est provisoire, lorsque le juge condamne le débiteur en fixant le montant de la condamnation, mais en se réservant la possibilité de revenir sur sa décision. Lorsqu'ultérieurement le créancier saisit à nouveau le juge aux fins de liquidation de l'astreinte, soit le juge condamne le débiteur récalcitrant au paiement de l'astreinte, conformément au montant initialement fixé, soit il réduit le montant atteint jusqu'à sa suppression, ou même l'augmente, en fonction de l'attitude adoptée par le débiteur.*³⁷⁷

As *astreintes* definitivas, como outro lado da moeda, são inflexíveis, não podendo ser alteradas: "*L'astreinte définitive échappée à toute révision lors de sa liquidation: son montant est irrévocablement fixé dès son prononcé. L'astreinte définitive est donc particulièrement contraignante, puisque le débiteur perd tout espoir de modération*"³⁷⁸.

Exatamente por conta dessa imutabilidade (e de seu maior grau de coerção), as *astreintes* definitivas só podem ser instituídas após a preambular fixação das provisórias. É o que dispõe o texto legal: "*une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine*"³⁷⁹.

Segundo lição colhida da doutrina francesa, a Lei hoje em vigor³⁸⁰ vedou, com o dispositivo acima transcrito, a possibilidade de o magistrado impor uma *astreinte* definitiva

³⁷⁶Artigo 36 da Lei n° 91-650: "*Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter*".

³⁷⁷JULIEN, Pierre; TAORMINA, Gilles. **Voies d'exécution et procédures de distribution**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010, página 47.

³⁷⁸VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 284.

³⁷⁹Artigo 34, 3, da Lei n° 91-650.

³⁸⁰Referimo-nos, aqui, tanto à Lei n° 91-650 (com as modificações realizadas pela Lei n° 92-644) como ao Decreto n° 92-755.

como primeira medida, porque essa conduta (que começava a ganhar corpo na jurisprudência) acabava prejudicando o devedor cooperativo e beneficiando o renitente.

Explica-se: o magistrado, ao cominar uma *astreinte* definitiva *ab initio*, acabava não podendo (exatamente em razão da imutabilidade da multa) abrandar o rigor da coerção imposta ao devedor que, por exemplo, tivesse cumprido parcialmente o desiderato imposto ou que tivesse atrasado pouquíssimo tempo na realização de seu dever. Da mesma forma, por estar atrelado ao montante inicialmente fixado, não poderia o julgador que houvesse fixado uma *astreinte* definitiva ínfima aumentar o rigor da multa imposta ao demandado que, no curso do feito, se comportasse de forma desidiosa³⁸¹.

Com a necessária vinculação, em um primeiro momento, das *astreintes* provisórias (que são, como vimos, passíveis de modificação), o legislador abrandou tanto o excessivo rigor como a acentuada benevolência que a *astreinte* definitiva poderia representar, dependendo do comportamento do devedor, ao cabo do processo. No atual estado do processo francês, pode-se dizer que as *astreintes* definitivas acabam sendo cominadas quando o réu, apostando na futura benevolência do magistrado que liquidará as *astreintes* provisórias então cominadas, persiste no comportamento recalcitrante. Como bem destaca François Vinckel: "*l'astreinte définitive est subsidiaire, le juge devant préalablement tester la résistance du débiteur par une astreinte provisoire*"³⁸².

Testada a resistência do réu e verificado seu intento de não realizar o desiderato cominado, entra "em cena" a *astreinte* definitiva (que por ser imutável acaba influenciando de maneira mais incisiva na vontade do demandado).

³⁸¹"Auparavant, le juge recourant à l'astreinte disposait d'un choix tout à fait libre entre astreinte provisoire et astreinte définitive. Il pouvait donc opter tout de suite pour une astreinte définitive, choix d'autant plus dangereux qu'il ne permettait pas au juge de modifier le quantum de la condamnation au cours de la phase de liquidation, et donc de prendre en considération le comportement du débiteur depuis le prononcé de l'astreinte sauf, disposait l'article 8, alinéa 1, de la loi de 1972 's'il (était) établi que l'inexécution de la décision judiciaire (provenait) d'un cas fortuit ou de force majeure'. Pour remédier à cet inconvénient l'article L 34, alinéa 3 prévoit aujourd'hui qu'une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Désormais, le juge n'a plus, lorsqu'il prononce une astreinte pour la première fois, le choix entre astreinte provisoire et astreinte définitive. Ce choix n'apparaît qu'au moment de la liquidation: l'astreinte peut alors être transformée en astreinte définitive pour l'avenir (art. L 34, al. 3), mais lors de son prononcé initial, elle ne peut être que provisoire" (JULIEN, Pierre; TAORMINA, Gilles. **Voies d'exécution et procédures de distribution**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010, páginas 48 e 49).

³⁸²VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, páginas 284 e 285.

As *astreintes*, sejam provisórias ou definitivas, devem ser liquidadas antes de serem executadas, vez que inexistente execução sem prévia liquidação³⁸³. Essa liquidação, que só pode ser iniciada pelo credor (nunca de ofício), é reconhecida pela doutrina como um prolongamento natural do processo tendente a transformar a "ameaça em um crédito"³⁸⁴. Finalizado o "processo"³⁸⁵ de liquidação, o credor poderá promover as medidas executivas tendentes ao recebimento do montante acumulado com a renitência do réu³⁸⁶.

A atividade jurisdicional realizada na aludida fase de liquidação, ao contrário do que se pode inferir em um apressado raciocínio, não se mostra simples. Antes de uma mera providência matemática a ser realizada pelo magistrado, a liquidação se caracteriza como "*une opération complexe: l'office du juge ne se réduit pas à calculer mécaniquement le montant de l'astreinte en fonction de son taux et du nombre ou de la durée des manquements constatés*"³⁸⁷.

E por que a atividade jurisdicional realizada na fase de liquidação é complexa? Por que ela não se resume a um mero cálculo matemático?

Porque é nesse momento procedimental que o credor, junto com o pedido de apuração do montante devido em razão da recalcitrância do réu, poderá cumular pleito de aumento da multa imposta (caso esteja sendo liquidada uma *astreinte* provisória, obviamente). Porque é exatamente nessa fase que o réu (tratando-se de *astreinte* provisória ou definitiva) poderá requerer a eliminação total ou parcial das *astreintes* alegando uma das excludentes do artigo 36, 3, da Lei nº 91-650.

³⁸³"Article 53 - Avant sa liquidation, aucune astreinte ne peut donner lieu à une mesure d'exécution forcée" (Decreto nº 92-755). Doutrinariamente: "*la décision qui prononce l'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, ne constitue qu'une condamnation éventuelle; la liquidation est nécessaire pour transformer celle-ci en une condamnation ferme d'un montant déterminé, susceptible d'exécution forcée*" (VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 285).

³⁸⁴"[...] *Transformer la menace en une créance* [...]"; feliz expressão cunhada por Serge Guinchard e Jean Vicent (GUINCHARD, Serge; VINCENT, Jean. **Procédure civile**. 24. ed. Paris: Dalloz, 1996, página 76).

³⁸⁵Coloca-se entre aspas o vocábulo porque não existe um processo, propriamente dito (com autos apartados etc.), de liquidação. A liquidação se caracteriza, no direito francês, como uma "mera" fase procedimental.

³⁸⁶Embora as medidas executivas só possam ser tomadas após a finalização do "processo" de liquidação, vale a pena destacar que o ordenamento garante ao credor o direito de adotar medidas assecuratórias em desfavor do devedor desde o momento em que se caracteriza o descumprimento do provimento que veicula as *astreintes*. Nesse sentido, o artigo 53, 2, do Decreto nº 92-755: "*la décision qui ordonne une astreinte non encore liquidée permet de prendre une mesure conservatoire pour une somme provisoirement évaluée par le juge compétent pour la liquidation*".

³⁸⁷VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 285.

O citado dispositivo legal (artigo 36, 3, da Lei n° 91-650) autoriza o magistrado a reduzir ou mesmo suprimir as *astreintes* quando ficar constatado que (i) a demora no cumprimento do provimento, (ii) o seu parcial cumprimento ou (iii) o seu total descumprimento advieram de causas não imputáveis ao réu. Eis o exato texto legal: "*L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère*".

Segundo Vinckel:

[...] *cette disposition est applicable aux deux catégories d'astreintes: elle offre au débiteur un moyen d'échapper à l'intangibilité de l'astreinte définitive. La cause étrangère désigne non seulement la force majeure, mais également le fait du créancier ou celui d'un tiers; elle est soumise au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.*³⁸⁸

Obviamente, a decisão prolatada na fase de liquidação, por decidir a sorte das *astreintes* (seja aumentando, reduzindo ou até mesmo as eliminando) está sujeita a impugnação recursal.

Uma última observação, no tocante à fase final aqui abordada, diz respeito à possibilidade de o credor realizar a liquidação provisória das *astreintes*, com vistas a um processo de execução provisória da multa³⁸⁹.

Como pudemos notar do quanto analisado no presente capítulo (referimo-nos, aqui, tanto ao item "IV.I." como ao item "IV.II."), a multa coercitiva do direito brasileiro parece ter mais estreito laço com a *astreinte* francesa do que com o *Contempt of Court* do direito anglo-saxão.

³⁸⁸VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 287. A doutrina adiciona mais uma causa (às três acima listadas) apta a induzir a eliminação ou diminuição das *astreintes*: *le cas fortuit*.

³⁸⁹Artigo 37 da Lei n° 91-650: "*La décision du juge est exécutoire de plein droit par provision*". Embora possa soar um tanto repetitivo, pensamos ser oportuno relembrar, aqui (por estarmos tratando de execução provisória), consideração já feita anteriormente: eventual reforma ou cassação da decisão que veiculara as *astreintes* ensejará, conseqüentemente, a inexigibilidade da multa - de modo que os atos executórios praticados sob a égide de uma hipotética execução provisória deverão ser, na medida do possível, desfeitos (colocando-se as partes no estado em que se encontravam quando do início da precipitada execução).

Quando iniciarmos a minuciosa análise da multa do artigo 461 do diploma processual³⁹⁰, aprofundaremos a comparação entre os institutos, analisando, ponto a ponto, as diferenças e semelhanças da nossa multa com as *astreintes* do ordenamento francês e o *Contempt of Court* da *Common Law*.

Adiantamos, desde logo, que, no que diz respeito às *astreintes* francesas, as diferenças parecem ser muito mais procedimentais do que materiais³⁹¹.

³⁹⁰O que faremos a partir do subsequente capítulo.

³⁹¹Tal constatação, no nosso entender corretíssima, deve ser creditada a Guilherme Rizzo Amaral (AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010).

V. - NATUREZA, FUNÇÃO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA MULTA COERCITIVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

Como havíamos advertido no introdutório capítulo do presente estudo, a multa coercitiva prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil Brasileiro desperta divergentes posicionamentos na doutrina e jurisprudência.

Esses díspares entendimentos, além de influírem na efetividade do instituto, ainda contribuem para a insegurança jurídica, vez que tanto o jurisdicionado "beneficiado" como o "penalizado" com a multa acabam não sabendo o que, de fato, esperar do Judiciário.

Um dos poucos aspectos atinentes à *astreinte* brasileira no qual encontramos, entretanto, uma relativa unanimidade diz respeito à natureza do instituto.

Para a melhor doutrina, a multa do artigo 461 do Código de Processo Civil³⁹² possui, à semelhança da *astreinte* francesa, natureza eminentemente coercitiva. Ao lançar mão do instituto, não estará o magistrado, portanto, preocupado em ressarcir o prejuízo que o credor teve (ou está tendo) com o inadimplemento denunciado em Juízo. Estará ele, sim, esperando obter, com a ameaça de um "mal maior" (que é a incidência de multa pecuniária) a superação da resistência do devedor³⁹³. Estará ele realizando a "chamada execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor"³⁹⁴.

Valemo-nos da autoridade de Kauzo Watanabe para validar a conceituação acima proposta. Segundo o processualista:

³⁹²Fazemos sempre referência ao dispositivo do Código processual, em detrimento dos demais diplomas (que também veiculam as *astreintes*), por ter o Código Buzaid aplicação mais ampla. Por estarmos tratando do mesmo instituto, todas as considerações feitas no tocante à multa do artigo 461 podem ser estendidas ao fenômeno presente no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Ação Civil Pública etc. Eventuais particularidades, que levem o instituto a apresentar diferentes características nesses específicos diplomas, serão expressamente anunciadas no decorrer do presente trabalho.

³⁹³Arenhart destaca com bastante acuidade a "escolha" que é colocada diante do devedor quando as *astreintes* são cominadas a uma dada ordem judicial: "diante da opção entre cumprir a ordem judicial ou sofrer o gravame imposto com a ameaça, o 'devedor', ciente da desvantagem que representa o pagamento da prestação pecuniária, voluntariamente opta pela primeira conduta (adimplemento da ordem)" (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, página 193).

³⁹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 256.

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva.³⁹⁵

No mesmo sentido, o estudo liderado pelo professor José Ignacio Botelho de Mesquita:

A multa periódica não é pena para sancionar o devedor pelo inadimplemento de uma obrigação. Tampouco é medida para compensar ou ressarcir os danos sofridos pelo não-cumprimento da obrigação. Trata-se, em suma, de um meio de coação, de ameaça, que visa a compelir o devedor à observância da ordem judicial. Assim, por ter caráter eminentemente psicológico, a multa não se confunde com a obrigação a ser prestada, nem com a indenização eventualmente devida em razão das perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação. Isso significa que as *astreints* não se destinam a substituir a obrigação, nem a reparar os prejuízos advindos do inadimplemento ou do adimplemento tardio.³⁹⁶

Com razão o renomado autor: as *astreintes* não se destinam mesmo a substituir a obrigação descumprida, tampouco a reparar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, mas sim a facilitar a obtenção, em Juízo, da tutela específica.

A multa coercitiva do direito pátrio guarda inegável semelhança com as *astreintes* francesas: ambas são acessórias à decisão que as veiculam e se prestam, eminentemente, a coagir o devedor renitente a se desincumbir de seu mister.

³⁹⁵WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 47.

³⁹⁶MESQUITA, José Ignacio Botelho de; LOMBARDI, Mariana Capela; RIBEIRO, Débora; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; SILVEIRA, Susana Amaral; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreints*. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, página 24.

O instituto correspondente do direito inglês (*Contempt of Court*), por outro lado, em certa medida se distancia da multa pecuniária brasileira, vez que as nossas *astreintes*, ao contrário da multa anglo-saxônica, não se prestam, pelo menos não precipuamente, a preservar a autoridade do poder jurisdicional (como se presta o *Contempt of Court*).

Ainda que a determinação da natureza jurídica e função das *astreintes* seja, conforme demonstrado, assunto relativamente sedimentado na doutrina e jurisprudência, o mesmo não se pode dizer em relação ao campo de incidência do instituto.

Em uma abordagem mais ampla, genérica e superficial, doutrina e jurisprudência concordam que as *astreintes* possam ser veiculadas nas obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa³⁹⁷. Essa geral aquiescência advém não só do fato de existirem expressas disposições legais indicando que nessas hipóteses a multa pode ser cominada³⁹⁸, mas também porque são nesses meios obrigacionais (fazer, não fazer e entregar coisa) que se encontra inserida a tutela específica.

No entanto, divergência já surge quando desdobramos um pouco mais as obrigações de fazer, analisando suas espécies. É o que trataremos nos subseqüentes itens.

1. - *ASTREINTES NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER.*

Para que possamos examinar com proveito as destoantes posições doutrinárias e jurisprudenciais que serão apresentadas, entendemos conveniente repassar, ainda que de forma perfunctória, o conceito das espécies de obrigações de fazer³⁹⁹.

³⁹⁷Para os civilistas, obrigação de entregar coisa é sinônimo de obrigação de dar.

³⁹⁸No artigo 461 do Código de Processo Civil: "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".

No artigo 461-A do referido diploma processual: "na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação".

³⁹⁹Segundo Carlyle Popp, as obrigações de fazer "constituem-se na prestação de atos de natureza física ou intelectual, fática ou jurídica" (POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001, página 87). Segundo uníssona doutrina, se o devedor tem que dar ou entregar alguma coisa sem fazê-la previamente, estamos, inegavelmente, diante de uma obrigação de dar. Se ele tem que confeccionar a coisa para depois entregá-la (ou seja, se ele tem de praticar um ato, cuja entrega é mero corolário), essa obrigação é, indubitavelmente, de fazer.

Segundo os civilistas, as obrigações de fazer se dividem, primeiramente, em fungíveis e infungíveis.

As obrigações infungíveis são aquelas em que o "negócio se estabelece *intuitu personae*, pois o credor só visa à prestação avençada, se fornecida por aquele devedor cujas qualidades pessoais ele tem em vista"⁴⁰⁰. Seriam obrigações infungíveis, *v.g.*, o compromisso de atuar em uma certa peça teatral (quando assumido por uma atriz de renome); a obrigação de produzir uma determinada obra literária (quando contraída por um aclamado jurista, especializado em um dado tema, ou um notável romancista, admirado em um certo gênero); o dever de confeccionar um vestido de noiva (quando convocado para tal desiderato um estilista de fama internacional); o compromisso de propagandear uma certa marca esportiva na mídia televisiva (quando assumido por um atleta consagrado) e a obrigação de um renomado estadista realizar um discurso em um Congresso.

Dentro, ainda, do campo das infungíveis, a doutrina costuma distinguir as "naturalmente infungíveis"⁴⁰¹ das "juridicamente infungíveis"⁴⁰².

Seriam "naturalmente infungíveis" aquelas "contraídas exclusivamente pela fama ou habilidades próprias da pessoa do obrigado"⁴⁰³, sendo os exemplos ofertados ao cabo primeiro parágrafo desta página hipóteses dessa subespécie de obrigação infungível.

Seriam "juridicamente infungíveis" as obrigações em que a personalidade no cumprimento do desiderato não decorre de qualquer característica particular do devedor, mas sim do fato de somente poder ser cumprida por ele em decorrência de uma determinação legal ou convencional (exemplo: o compromisso de outorgar a Escritura Definitiva de um dado imóvel, por parte do promitente-vendedor, ao promissário-

⁴⁰⁰RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral das obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, página 33.

⁴⁰¹Também denominada de "materialmente infungíveis" ou obrigações que "decorram das aptidões pessoais do obrigado".

⁴⁰²A infungibilidade, no caso das obrigações "juridicamente infungíveis", pode advir de lei (daí se falar em obrigações "legalmente infungíveis") ou de convenção firmada entre as partes (quando se fala em "infungibilidade convencional" ou "infungibilidade contratual").

⁴⁰³VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v II, página 79.

comprador que tenha quitado as prestações assumidas no compromisso de compra e venda particular preteritamente assinado⁴⁰⁴).

As fungíveis, por exclusão, seriam aquelas nas quais as características pessoais do contratante não teriam sido a "razão de ser" da constituição do liame obrigacional. Seria o caso da contratação de um marceneiro (ou uma empresa de marcenaria) para a confecção dos móveis⁴⁰⁵ de um novo escritório; da contratação de um pintor para a renovação da fachada de um estabelecimento comercial (cuja pintura original se encontra desgastada pelo decurso do tempo); da contratação de um eletricitista para a substituição do sistema de fiação de um edifício antigo etc..

Vê-se, pois, que a nota que diferencia uma espécie de obrigação da outra (fungível da infungível) diz respeito às características pessoais do obrigado: se elas forem juridicamente ou materialmente relevantes (para o credor)⁴⁰⁶, estaremos diante de um dever infungível; se, por outro lado, elas forem indiferentes, estaremos diante de uma obrigação fungível⁴⁰⁷.

No caso dos deveres infungíveis, é essencial para o credor que o próprio devedor desempenhe a obrigação contratada; no caso das obrigações fungíveis essa essencialidade (no tocante ao desempenhar do dever assumido) inexistente. Como bem salienta Orlando Gomes: "a diferença [sobre as obrigações fungíveis e infungíveis] interessa no que concerne ao cumprimento das obrigações"⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴Vemos que a obrigação é infungível não porque o promitente-vendedor possui uma habilidade específica ou um conhecimento aprofundado em certa área do saber que interesse ao promissário-comprador, mas sim porque ele não pode exigir de mais ninguém, além do próprio promitente-vendedor, a outorga da Escritura Definitiva de Compra e Venda do imóvel negociado. A diferença entre as obrigações "naturalmente" infungíveis e as "juridicamente" infungíveis se fará sentir, na prática, quando abordarmos a questão dos deveres de prestar declaração (artigos 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil).

⁴⁰⁵Cadeiras, mesas de reunião, armários e estantes padronizadas, por exemplo.

⁴⁰⁶Somente sob a perspectiva do credor é que poderemos afirmar se a obrigação é fungível ou infungível.

⁴⁰⁷Segundo Silvio de Salvo Venosa, "há obrigações de fazer para as quais existe um número indeterminado de pessoas hábeis a completá-las; há outras obrigações de fazer que são contraídas exclusivamente pela fama ou habilidades próprias da pessoa do obrigado. Pois bem, quando a pessoa do devedor é facilmente substituível [...] dizemos que a obrigação é fungível. Quando a obrigação é contraída tendo em mira exclusivamente a pessoa do devedor [...] a obrigação é *intuitu personae* [...]" e, portanto (completamos nós), infungíveis (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v II, página 79).

⁴⁰⁸GOMES, Orlando **Introdução ao direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. I, página 248 (observação entre colchetes não consta do original).

Repassados os conceitos de obrigações fungíveis e infungíveis, cumpre-nos destacar em que medida (e em quais aspectos) doutrina e jurisprudência vêm divergindo sobre o campo de incidência da multa cominatória.

1.1. - OBRIGAÇÕES DE FAZER FUNGÍVEIS.

Encontramos, em primeiro lugar, resistência de (reduzida⁴⁰⁹) parte da doutrina na utilização das *astreintes* para a obtenção, em Juízo, do desempenho de obrigações fungíveis⁴¹⁰.

Ancorados nas premissas de que (i) nas obrigações fungíveis a pessoa do devedor não possui relevância jurídica para o credor e (ii) tanto o Código Civil⁴¹¹ como o Código de Processo Civil⁴¹² oferecem satisfatórios meios para a obtenção do resultado prático equivalente ao da prestação inadimplida (prescindindo, portanto, do "agir" do devedor), alguns estudiosos vêm pregado a impossibilidade de se lançar mão das *astreintes* para obter, em Juízo, a coativa realização do dever fungível descumprido.

Nesse sentido, apenas a título de exemplo, a lição de Gustavo Birenbaum:

Note-se que todas essas considerações [o autor acabara de tecer, nos parágrafos antecedentes, comentários sobre a profícua aplicação das *astreintes* no campo das obrigações infungíveis] se aplicam ao caso da prestação do fato infungível, tal como definida no artigo 247 do Código Civil. Para as prestações fungíveis, porém, aplica-se a regra do artigo

⁴⁰⁹Poderíamos até utilizar o superlativo "reduzidíssima". No entanto, a quantidade diminuta de adeptos dessa corrente doutrinária não altera o fato de que existem estudiosos partilhando desse entendimento e, bem por isso, independentemente do número de adeptos, devemos abordar tal questão no presente trabalho.

⁴¹⁰Vale a pena salientar que o artigo 287 do Código de Processo Civil, em sua original redação, de fato restringia a veiculação da multa coercitiva aos casos de obrigações fungíveis. Eis a primeira redação do dispositivo: "Artigo 287 - Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença".

⁴¹¹Eis a alternativa trazida pelo artigo 249 do Código Civil ao inadimplemento de obrigação fungível: "Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

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

⁴¹²Referimo-nos, aqui, tanto às diversas medidas do §5º do artigo 461 (aplicáveis às ações sob o rito ordinário) como à medida do procedimento do artigo 633 (aplicável às demandas executivas) - ambos dispositivos do diploma processual.

249: 'se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível'.⁴¹³

Tal entendimento vem sendo, contudo, fortemente rechaçado pela majoritária doutrina não só em razão da nova redação dada ao artigo 287 pela Lei nº 10.444/2002⁴¹⁴, mas também por conta da inegável tendência de valorização da tutela específica⁴¹⁵, que se acentua e se reafirma na medida em que ocorre o alargamento do âmbito de incidência da multa coercitiva do artigo 461 do diploma processual.

Não só por razões teóricas essa restritiva interpretação vem sendo refutada. Como bem salienta Talamini, questões práticas recomendam a utilização das *astreintes* como meio de obtenção da obrigação fungível. Segundo o autor, "muitas vezes, a obtenção do resultado específico sem o concurso do réu ('resultado prático equivalente'), conquanto possível, é extremamente onerosa e (ou) complexa"⁴¹⁶.

O processualista tem razão, especialmente se considerarmos que, para a realização da prestação inadimplida por terceiro⁴¹⁷, o demandante (já prejudicado com o faltoso comportamento do réu) teria, como primeira medida em Juízo, que adiantar o custo da

⁴¹³BIRENBAUM, Gustavo. Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, página 139 (observação entre colchetes incluída para melhor entendimento do excerto). Ao comentar as primeiras alterações legislativas inseridas no artigo 461 do Código de Processo Civil em 1994, Carlos Alberto Carmona expunha opinião de igual teor: "Reservavam-se as *astreintes* - a meu ver - apenas para as obrigações de fazer e não fazer infungíveis, onde a multa teria o condão de pressionar o devedor para que a obrigação fosse cumprida, sendo certo que o Estado, em tais hipóteses, não consegue substituir a vontade do inadimplente no plano dos fatos: se o devedor recusar-se a cumprir a obrigação, fracassa a tentativa de execução específica, sendo de rigor a conversão em perdas e danos" (CARMONA, Carlos Alberto. O processo de execução depois da reforma. **Revista de Processo**, ano 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1995, páginas 19 e 20).

⁴¹⁴Que não possui mais a restritiva regra transcrita em anterior nota de rodapé, quando expressamente excluía as obrigações fungíveis do sistema de multa cominatórias. O atual dispositivo é aberto: "se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º e 461-A)".

⁴¹⁵De que nos ocupamos nos capítulos "I." a "III."

⁴¹⁶TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 244.

⁴¹⁷Solução preconizada pela minoritária doutrina que não admite a técnica da coerção pecuniária para o desempenho de obrigações fungíveis.

empreitada⁴¹⁸ (custo esse que, além de equivaler, na prática, ao valor do próprio bem jurídico perseguido, já havia sido por ele despendido no pagamento do próprio réu antes de chegar ao Judiciário⁴¹⁹). Como bem salienta Dinamarco: "na prática, ninguém opta por essas medidas complicadas e burocráticas, a cujo respeito rareia a jurisprudência"⁴²⁰.

De mais a mais, o simples fato da prestação poder ser realizada por terceiro em razão de sua fungibilidade não serve de argumento, por si só, para afastar a aplicação da multa coercitiva⁴²¹. O ordenamento jurídico prevê, em diversas situações conflituosas, mais de uma solução jurídica possível e mais de um caminho processual a ser trilhado⁴²², e nunca se cogitou, ao que se sabe, fechar uma porta porque outra se escancarava no horizonte. O credor prejudicado com o comportamento faltoso de seu contratante, tendo em conta a moderna tendência de se priorizar a obtenção, em Juízo, da prestação originalmente contratada, deve ter, à sua disposição, a técnica coercitiva das *astreintes*.

Idealmente, pois, e voltando um pouco aos exemplos citados no início do presente capítulo, deveria o comprador dos móveis poder exigir do marceneiro (ou da empresa de marcenaria), em Juízo, a confecção/entrega dos bens (e não ter de recorrer a outro marceneiro⁴²³ para obter aquilo que já havia pago ao originário contratado). Deveria o

⁴¹⁸É o que determina a regra do parágrafo único do artigo 634 do Código de Processo Civil.

⁴¹⁹Obviamente, se o autor está indo a Juízo exigir, mesmo que de forma indireta (prestação do fato por intermédio de terceiro), o adimplemento da obrigação devida pelo réu, é porque já se desincumbiu, antes de aportar ao Judiciário e em atenção à regra do artigo 476 do Código Civil, de sua contraprestação (que é o pagamento do preço da obrigação contratada). Estará o autor, portanto, ao pleitear o cumprimento da prestação inadimplida pela modalidade "prestação do fato por terceiro", realizando um duplo desembolso. Ainda que esse segundo desembolso venha a ser, no futuro, indenizado pelo réu, não há como se deixar de consignar que, por considerável período de tempo, o autor terá arcado com o dobro do custo inicialmente esperado.

⁴²⁰O autor vai além, dizendo que "em mais de quatro décadas de exercício profissional, jamais vi diante de mim nem tive notícia de uma execução feita por esse modo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, página 491).

⁴²¹"[...] a coerção patrimonial pode incidir sobre obrigações fungíveis e infungíveis. [...] Com efeito, a imposição de multa constitui meio mais célere, econômico e simples do que a prestação do fato por terceiro, portanto, mais consentâneo com os anseios do processo civil moderno" (trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no Acórdão lavrado em sede de Embargos de Divergência em Agravo (EAg) nº 857.758 - RS (2010/0010160-5), Segunda Seção, relatora Ministra Nancy Andrighi, votação unânime, j. 23.02.2011, DJE 25.08.2011).

⁴²²Apenas para melhor explicarmos o que pretendemos dizer no parágrafo em questão: o contratante prejudicado com o recebimento de um bem portador de vício oculto pode, a seu exclusivo talante, enjeitar a coisa recebida ou pleitear abatimento no preço (artigos 441 e 442 do Código Civil). O fato dele poder (teoricamente) enjeitar a coisa não faz com que a outra opção (pedir abatimento) fique automaticamente invalidada. O mesmo raciocínio deve ser aqui empregado: o fato do credor poder (teoricamente) obter a prestação inadimplida com o auxílio de terceiros não invalida a possibilidade de o credor poder exigir o desempenho da obrigação inadimplida por parte do originário contratante.

⁴²³Adiantando, inclusive (como vimos acima), os custos do "novo" profissional "contratado".

edifício que contratara o eletricitista poder obter, em Juízo, ordem para que o profissional contratado executasse, ele mesmo, o serviço avençado.

Ao contrário, pois, do quanto defendido pela minoritária corrente, deve sim ser autorizada, a pedido do credor, a aplicação da multa cominatória para a obtenção do desempenho forçado da obrigação fungível em Juízo⁴²⁴ (sendo sempre ressalvado ao credor o direito de optar, se assim desejar⁴²⁵, por fazer uso da técnica da prestação do fato por terceiro).

1.2. - OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS.

A divergência sobre a aplicabilidade, ou não, das *astreintes* não se restringe, como se poderia imaginar em um primeiro momento, à seara das obrigações fungíveis. As obrigações infungíveis, que são o campo natural da multa coercitiva⁴²⁶, também dão azo a dissonantes opiniões.

Com efeito, apesar do inegável arrefecimento⁴²⁷ do dogma *nemo ad factum praecise cogi potest* no direito brasileiro⁴²⁸, uma categoria específica das obrigações

⁴²⁴Luiz Guilherme Marinoni lista, na obra **Tutela específica**, alguns dos doutrinadores que partilham do seu (e nosso) entendimento (de que "o emprego da coerção indireta é cabível em face das obrigações fungíveis"), dentre os quais destacamos José Joaquim Calmon de Passos, Alcides de Mendonça Lima, José Carlos Barbosa Moreira, Athos Gusmão Carneiro, Ada Pellegrini Grinover, José Eduarco Carreira Alvim etc. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica** (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 73).

⁴²⁵E a decisão sobre qual medida tomar será do credor, e não do juiz (o credor saberá, melhor do que magistrado, qual técnica processual acomodará melhor os seus interesses). Obviamente que o magistrado poderá, no decorrer do processo, coibir eventuais abusos cometidos pelo credor. O fato do juiz ter o poder-dever de coibir abusos processuais não o autoriza, contudo, a rejeitar, logo no início do feito, um hipotético pedido de cominação de *astreintes* (por entender, por exemplo, que a técnica da prestação do fato por terceiro seria, no caso concreto, mais adequada ou recomendável). Deve o juiz deixar o credor escolher, livremente, a forma que ele entender mais conveniente/correta/eficaz para a obtenção da tutela em Juízo, intervindo apenas e tão somente quando ocorrer abuso ou prejuízo evidente para uma das partes (o assunto - sobre o limite de atuação do magistrado no tocante às *astreintes* e demais medidas destinadas à potencialização da tutela específica - voltará a ser estudado no capítulo "VI.I").

⁴²⁶Nesse sentido, certificando o fato de que a obrigação infungível é a espécie obrigacional mais afeta à técnica das *astreintes*, citamos um processualista "o campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é das obrigações com prestação infungível" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 219) e um civilista "lembremo-nos, também, que o campo de maior atuação da multa diária ou periódica é o das obrigações infungíveis" (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v II, página 82).

⁴²⁷Poderíamos até nos atrever a dizer "quase abolição".

⁴²⁸Vide capítulos "I." a "III."

infungíveis encontrava-se, até bem pouco tempo⁴²⁹, imune aos meios coercitivos: referimo-nos às obrigações de "criação artística e intelectual"⁴³⁰.

1.2.1. - OBRIGAÇÃO ARTÍSTICA/INTELECTUAL.

Para a esmagadora maioria da doutrina⁴³¹, as obrigações infungíveis que veiculassem um fazer atrelado ao "direito moral do artista" estariam, em caso de descumprimento, automaticamente sujeitas às perdas e danos (apenas e tão somente). Mas o que seria esse "direito moral do artista" e por qual razão ele estaria, a despeito de ser uma obrigação infungível⁴³², infenso à técnica das *astreintes*?

O "direito moral do artista" está presente em toda e qualquer prestação contratada em que o "fazer" decorra necessariamente de uma inspiração, em que a prestação a ser entregue seja fruto de um processo criativo, algo interiorizado. São exemplos dessa espécie de obrigações as hipóteses propositadamente aventadas no intróito do presente capítulo⁴³³: uma renomada atriz atuar em certa peça teatral, um notável romancista produzir uma determinada obra literária e um estilista de fama internacional confeccionar um vestido de noiva.

Em todos esses casos, o processo criativo e a inspiração (questões extremamente pessoais e íntimas) são a mola motriz da prestação contratada. Sem inspiração e sem a liberdade criativa necessárias, a obrigação, em tese, não se materializa, não pode ser entregue ao credor.

Exatamente por envolverem sentimentos, emoções e inspirações, as obrigações como as acima indicadas (que são inegavelmente infungíveis) ficavam, segundo dominante doutrina, imunes às técnicas coercitivas. Dizendo de outro modo: não se admitia que a

⁴²⁹Pelo menos até o julgado que adiante examinaremos vir à lume.

⁴³⁰Mencionados pela doutrina também como "direito moral do artista, autor e ator". Essa espécie de obrigação será referida, doravante, apenas como "direito moral do artista".

⁴³¹Referimo-nos, aqui, tanto à doutrina nacional como à estrangeira (entre outras, a francesa, a inglesa, a alemã e a portuguesa). Notas sobre os ordenamentos alienígenas serão traçadas no curso do presente subcapítulo.

⁴³²Campo natural da multa coercitiva.

⁴³³Quando tratamos de exemplificar as obrigações infungíveis.

recusa da atriz em cumprir o avençado com o teatro contratante fosse contornada pela técnica das *astreintes*. Não se aventava que o romancista fosse coativamente instado, via multa pecuniária, a entregar a obra prometida à editora; tampouco se cogitava que o estilista fosse constrangido, com a cominação de *astreintes*, a confeccionar o vestido da noiva contratante⁴³⁴. Mas por quê?

Porque, em primeiro lugar, a vedação à coerção seria a única forma de se preservar dois dos mais caros direitos conquistados pelo homem nos regimes democráticos modernos: o direito à inviolabilidade da intimidade e à liberdade de expressão intelectual e artística (e, em última instância, a dignidade da pessoa humana). Segundo os defensores da teoria da "incoercibilidade das obrigações artísticas", estar-se-ia impedindo, com a inadmissão das técnicas coercitivas, que terceiros adentrassem à intimidade do artista⁴³⁵, arrancando à força uma criação⁴³⁶, uma emoção⁴³⁷ que, além de serem personalíssimas, por vezes escapam do seu próprio controle (quer-se com isso dizer que, geralmente, a inspiração não aparece "com hora marcada"). Nesse sentido Marinoni:

[...] há que se ter cautela quando da sua utilização [das *astreintes*] em relação a obrigações de conteúdo artístico, ou a obrigações que exijam do devedor algo que não é só pessoal, mas que também não é passível de controle por ele próprio, como a inspiração para cantar ou pintar um quadro. Na verdade, o devedor de uma obrigação deste porte pode invocar indisposição momentânea para se furtar não só à responsabilidade pelo inadimplemento como também à própria tutela específica.⁴³⁸

⁴³⁴Importante destacar, com arrimo nas lições de Salvador Laurino, que "a simples natureza *intuitu personae* da obrigação não impede a determinação de cumprimento específico do dever pelo obrigado. Se isso fosse exato, as técnicas coercitivas abrigadas no art. 461 para nada serviriam. Os limites políticos à tutela específica estão gizados apenas em torno dos direitos da personalidade, inscritos na Constituição da República como direitos humanos fundamentais" (LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer**. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, página 229).

⁴³⁵Intimidade essa protegida, no Brasil, pelo artigo 5º, incisos IX e X da Constituição Federal: "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Ainda, sobre os direitos autorais, a protetiva Lei nº 9.610/1998.

⁴³⁶Referimo-nos, aqui, por exemplo, aos deveres assumidos pelo estilista e pelo romancista nas hipóteses anteriormente aventadas.

⁴³⁷Referimo-nos, aqui, por exemplo, aos deveres assumidos pela atriz (de atuar em uma certa peça teatral) ou por uma cantora lírica (de realizar uma performance em um dado casamento).

⁴³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica** (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, páginas 72 e 73 (observação entre colchetes na consta do original).

Em segundo lugar, nessas hipóteses, a medida coercitiva, além de atentar contra fundantes princípios da nossa Constituição, ainda se apresentaria pouco (ou nada) efetiva. O artista que se negara a produzir o fato prometido⁴³⁹ por não encontrar inspiração, pouco provavelmente a encontraria pelo tão-só fato de estar sendo admoestado por uma multa pecuniária.

Digna de nota, pela facilidade com que transmite a idéia que estamos tentando expor, a lição de João Calvão da Silva (que, por isso, merece ser transcrita):

[...] a inspiração do autor, suas idéias, sua criação, numa palavra, sua arte, não podem tornar-se subitamente fecunda pela presença de uma *astreinte* [...]. Pode o autor ter vontade de cumprir, de realizar a obra intelectual a que se vinculou, mas faltar-lhe temporariamente a inspiração. Esta reclama espontaneidade e livre concentração, e poderia, assim, ser contraproducente a aplicação da técnica coercitiva [...]. A razão de ser da sanção pecuniária é a de exercer pressão sobre a vontade do devedor; mas as criações de espírito e do gênio dependem em grande medida de factores desconhecidos, subtraídos à vontade do autor.⁴⁴⁰

No mesmo sentido, as palavras de Salvador Franco de Lima Laurino (colhidas de dissertação específica sobre as obrigações de fazer e não fazer):

A razão dessa restrição [das *astreintes* no campo das obrigações de 'criação artística e científica'] encontra justificativa na proporção em que os mecanismos de coerção encontram na efetiva possibilidade de compulsão a sua grande razão de ser. Em situações que em a espontaneidade é elemento fundamental para atribuir à parte vitoriosa o resultado desejado, o constrangimento patrimonial revela-se inadequado para pressionar em direção ao cumprimento específico do dever.⁴⁴¹

⁴³⁹ Seja uma peça teatral, um show musical ou uma obra de arte em tela.

⁴⁴⁰ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, página 480.

⁴⁴¹ LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer**. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, página 227 (observação entre colchetes não consta do original).

Vê-se, pois, que, como declaramos no capítulo "IV.II.", os motivos que levam a doutrina a declarar a incoercibilidade das obrigações artísticas não guardam relação só com o "sentimento de dignidade" que o ator/autor/artista possa nutrir com relação à sua obra⁴⁴². Essa espécie de obrigação não poderia ser coativamente exigida, segundo os estudiosos, por violar basilares direitos da personalidade⁴⁴³. Ainda segundo dominante doutrina, essa espécie de obrigação não poderia ser forçosamente exigida porque seu coativo desempenho iria de encontro à própria natureza da prestação - que, como vimos, pressupõe inspiração, liberdade.

Esse entendimento contrário à possibilidade de se obter a coativa realização de um fazer que envolva um processo criativo encontra paralelo no ordenamento jurídico francês, como tivemos oportunidade de observar no aludido capítulo "IV.II.". No direito português⁴⁴⁴ e no direito alemão⁴⁴⁵ também são previstas regras que excluem as medidas de coerção quando a atividade inadimplida requeira especiais qualidades individuais de natureza artística e intelectual.

O questionamento que se coloca frente às consistentes justificativas enunciadas pelos defensores da incoercibilidade dos misteres artísticos e intelectuais é: ao se estabelecer que as obrigações personalíssimas não podem ser coativamente exigidas em Juízo (via *astreintes*), não se estaria criando uma verdadeira opção em favor do devedor, que poderia, alegando falta de inspiração, eximir-se, com certa facilidade, do cumprimento da prestação assumida? A impossibilidade de se obter o cumprimento forçado não tornaria a obrigação artística/intelectual alternativa (a critério do devedor)?⁴⁴⁶

⁴⁴²Como defende, entre outros, Marcelo Lima Guerra: "[...] há um setor dos direitos extrapatrimoniais onde a *astreinte* é tradicionalmente vedada. Trata-se daquele relativo ao direito moral do autor, do artista ou do ator. Assim, não se pode, por exemplo, obrigar um pintor a realizar uma tela, mesmo que a tanto ele esteja obrigado por contrato. Afirma-se, para justificar esse entendimento, que o artista tem direito exclusivo de decidir se determinada obra é ou não digna de ser realizada" (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, página 131).

⁴⁴³Sobre os direitos da personalidade e sua aplicação quando em aparente conflito com relação a outros direitos (como o direito à tutela efetiva), a obra referência de Manoel Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002).

⁴⁴⁴Artigo 829-A do Código Civil de Portugal.

⁴⁴⁵§888 do Código de Processo Civil (ZPO).

⁴⁴⁶Formulando o mesmo questionamento sob um ponto de vista mais liberal: essa liberdade de criação e esse íntimo direito à inspiração não teriam sido espontânea e voluntariamente cerceados pelo próprio artista quando ele, conscientemente, comprometera-se a realizar uma dada prestação (atuar em uma peça, escrever um livro, pintar um quadro)? Para aprofundamentos sobre esse questionamento: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Tutela jurisdicional das liberdades. **Revista de Processo**, ano 23, n. 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998.

E os contratantes da peça teatral, do livro, do quadro, que nutriam a justa expectativa de obter a prestação avençada e que poderiam, a partir disso, ter realizado outros planos (talvez até investimentos)? Caracterizar-se-ia a obrigação infungível contraída pelo artista mera faculdade⁴⁴⁷? Seria justa tal solução?

Reflexões como essas aliadas ao crescente movimento de valorização da tutela específica⁴⁴⁸ fizeram com que um ou outro doutrinador, no Brasil, começasse a questionar a dogmática lição de que as obrigações artísticas não seriam passíveis de coerção. Nesse sentido a lição do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux:

A influência francesa, responsável também pela concepção 'liberal' do inadimplemento, remediou a sua pretérita condescendência com os devedores e instituiu a figura das '*astreintes*' como meios de coerção capazes de vencer a obstinação do devedor ao não-cumprimento das obrigações, principalmente naquelas em que a colaboração do mesmo impunha-se pela natureza personalíssima da prestação. A multa diária apresenta, assim, origem e fundamento nas obrigações em que o atuar do devedor é imperioso mercê de não se poder compeli-lo a cumprir aquilo que só ele pode fazer.⁴⁴⁹

Após formular algumas hipóteses nos parágrafos subseqüentes de sua obra, o autor conclui:

Conforme vimos, há obrigações que dependem necessariamente da colaboração do devedor para seu adimplemento porque o Estado não dispõe de meios de sub-rogação para substituí-lo, como sói ocorrer com as obrigações personalíssimas, como, *v.g.*, a de um pintor famoso retratar uma paisagem ou a de um artista realizar um recital, etc. Nesses casos, não havendo a pena pecuniária, a prestação jurisdicional tende a cair no vazio porque se o devedor não cumprir a prestação subjetivamente

⁴⁴⁷Como se caracterizavam as obrigações de fazer na França, quando o artigo 1.142 do Código Civil Francês se encontrava em seu apogeu.

⁴⁴⁸Vide capítulos "I." e "II.".

⁴⁴⁹FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 178.

infungível, a decisão restará em um nada jurídico. O meio de coerção é, assim, a única fonte intimidatória capaz de fazer com que o devedor vencido cumpra a obrigação.

[...]

Constando do pedido a cominação, caso o vencido descumpra a obrigação personalíssima, começa a incidir a pena que somente cessará com o adimplemento.⁴⁵⁰

A opinião acima transcrita, a despeito de ser extremamente minoritária, chegou a tocar, ainda que muito timidamente, a jurisprudência. O Desembargador e também professor José Luiz Gavião de Almeida compartilhou, em um dos seus votos, do entendimento do Ministro Fux:

Trata-se, no caso, de obrigação de fazer personalíssima. É, em tese, passível de pedido de cumprimento. É o que deseja a TV SBT.

Sob influência do direito romano seguíamos a regra '*qui non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut event in omnibus faciendi obligationibus*'. É a regra que se repetiu no art. 1.142 do *Code Napoléon*: '*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*'.

Com o atual art. 461 do Código de Processo Civil, oriundo dos artigos 83 e 84 da Lei 8078/90, as obrigações de fazer, mesmo personalíssimas, foram ameaçadas para cumprimento, pela via das '*injunctions*', hauridas da '*common law*'. Instituiu-se a tutela específica da obrigação de fazer, pela via mandamental, sob cominação, constrangedora, da aplicação de multa.

As prestações infungíveis saíram da posição clássica de só admitirem resolução pecuniária quando descumpridas, para admitirem coação para execução, através do uso das *astreintes*.

O direito que não comporta solução 'condenação-execução por sub-rogação', e outros, têm agora um estímulo maior para ser realizado, através da técnica processual de comando mandamental de constrangimento por via de multa. É a inovada via para alcance de tutela

⁴⁵⁰FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 179.

na forma específica da obrigação contratada (art. 461 do Código de Processo Civil).⁴⁵¹

No direito brasileiro, o enfrentamento da majoritária doutrina defensora da incoercibilidade dos deveres artísticos e intelectuais não foi muito além das tímidas investidas até aqui referidas.

A sedimentada posição jurisprudencial e doutrinária viria, contudo, a ser questionada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em julgado recente, do ano de 2009, acabou admitindo a cominação de *astreintes* para a consecução de obrigação de fazer com conteúdo artístico.

A ré da ação que deu ensejo ao destoante e inovador julgado, conhecida artista cômica, havia celebrado contrato exclusivo de prestação de serviços artísticos com uma também famosa rede de televisão. Por ter se negado a cumprir a avença e ter iniciado negociações com outra entidade televisiva, acabou sendo acionada em Juízo pela sua contratante inicial.

Em primeiro e segundo graus, o Judiciário havia decidido converter a demanda cominatória aforada pela emissora de televisão em perdas e danos, exatamente por inexistir, na ótica dos julgadores de piso, a possibilidade de se constranger alguém a realizar um mister artístico. Sob a argumentação de que os provimentos ordinários teriam malferido os artigos 287 e 461 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça acabou sendo instado a decidir, em sede de recurso Especial, se a obrigação inadimplida da artista poderia, ou não, ter sido coativamente exigida em Juízo por intermédio de *astreintes*.

⁴⁵¹ Apesar de no trecho transcrito o Desembargador ter admitido a possibilidade do credor obter o desempenho forçado de uma obrigação de conteúdo "artístico/intelectual", no final ele acabou deixando de impor as *astreintes* à artista renitente (uma autora de telenovelas) porque, no caso concreto, o contrato por ela assinado previa a possibilidade de arrependimento. Eis o trecho do voto em que o julgador, depois de admitir expressamente a possibilidade de a parte demandar a coativa realização de um dever personalíssimo, acaba exonerando a autora de telenovelas do compromisso assumido: "o que o contrato expressamente declara (cláusula 1ª item 6º e cláusula 20º) é o direito ao arrependimento. Arrependimento contrasta-se com a idéia de cumprimento da obrigação. [...] O constrangimento para cumprimento de obrigação específica (art. 461 do Código de Processo Civil), contrasta-se com o direito por 'arrependimento'" (BRASIL, Extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Nona Câmara, Apelação nº 828.711-2, relator Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, j. 29.05.2001).

A relatora originária, Ministra Nancy Andrighi, entendeu ser impossível constranger a atriz a atuar para a emissora autora da demanda, aventando, no entanto, ser possível e válida a imposição de *astreintes* para coagir a atriz a não contratar com outras redes televisivas enquanto durasse o período de exclusividade do contrato assinado com a emissora autora. Eis o excerto do voto da Ministra:

Decorre da natureza do contrato entabulado que as recorridas se submeteram ao cumprimento de obrigações positivas e negativas, vale dizer: atuação profissional em favor da recorrente e abstenção de atuação a qualquer outro.

Por óbvio, a obrigação de fazer acima descrita, é de caráter personalíssimo, o que importa na inviabilidade prática de sua prestação por outrem.

Ao resguardo da intangibilidade da liberdade pessoal, não se pode conceber que o Estado aja coercitivamente sobre a volição do devedor para que este cumpra a prestação de fazer a que se obrigou, aplicando-lhe, exemplificativamente, multa diária até que este, confrangido, produza o resultado contratado.

Seria ignóbil violação da esfera íntima da pessoa com a qual não se pode coadunar, ao que se acrescenta o fato de que o próprio Código de Processo Civil, nessas hipóteses, faculta ao credor a possibilidade de resolver a obrigação em perdas e danos (arts. 633 e 638 do CPC).

[...]

Dessa forma, a infungibilidade da obrigação de fazer, afasta a possibilidade de imposição de multa cominatória, não se reconhecendo, no particular, nenhuma mácula no acórdão recorrido.

Solução diversa, porém, reclama o futuro descumprimento de obrigação de não-fazer.

[...]

Observando que a obrigação de não fazer previa abstenção de atuação por dois anos em outras emissoras, impõe-se constatar que no momento da imposição da multa cominatória, esta atendia a seu objetivo inibitório, coagindo as recorridas a não praticarem o ato sobre o qual haviam contratado se absterem.

[...]

Forte em tais razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para declarar válida a cobrança da multa cominatória nos termos do voto e fixar o seu termo final como sendo a do término do contrato de exclusividade celebrado pelas partes.⁴⁵²

Esse voto não prevaleceu na Corte. A divergência aberta foi relatada pelo Ministro Sidnei Beneti, que, como anteriormente anunciado, reconheceu a possibilidade de se imporem *astreintes* às obrigações de fazer infungíveis atinentes ao "direito moral do autor":

DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS CELEBRADO ENTRE EMISSORA DE TV E COMEDIANTE. QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. COBRANÇA DE MULTA COMINATÓRIA. CABIMENTO.

I - É admissível a aplicação de multa no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de outro profissional.

II - Caso contrário, o que se teria seria a transformação de obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, mediante a pura e simples transformação em perdas e danos que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir, ao baixo ônus de apenas prestar indenização.

Recurso Especial provido.

[...]

Assim circunscrita a matéria, tem-se correto o entendimento constante dos votos dos E. Ministros CASTRO FILHO e HUMBERTO GOMES BARROS, que admitem a aplicação de multa cominatória no caso de

⁴⁵²Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi nos autos do Recurso Especial (REsp) nº 482.094 - RJ (2002/0149569-9), Terceira Turma, relator para Acórdão Ministro Sidnei Beneti, maioria de votos, j. 20.05.2008, DJe 24.04.2009.

inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, pactuada pelas Recorridas.

No clássico exemplo de obrigação personalíssima consistente em o pintor renomado obrigar-se a pintar um quadro, no caso de inadimplemento, não basta a indenização pelo fato de não o haver pintado, a qual seria consistente no que o contratante tenha tido de pagar a outro para fazê-lo. Será necessário, realmente, o reforço cominatório, para que o pintor renomado cumpra a obrigação por ele mesmo, porque ele, não outro pintor, é que foi o artista desejado pelo contratante, de modo que sua vontade deve, realmente, ser conduzida ao cumprimento da obrigação para não arcar patrimonialmente com o valor da multa cominatória.

Caso contrário, o que se teria seria a eliminação da diferença entre as modalidades obrigacionais por meio da transformação das obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, com pura e simples mudança do adimplemento em perdas e danos, o que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir a obrigação personalíssima de fazer, ao menor ônus pessoal de apenas prestar indenização.

[...]

Com o maior respeito pelo entendimento da E. Relatora, voto nos termos dos votos dos E. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, dando provimento integral ao recurso da Emissora contratante.⁴⁵³

O aresto *supra* transcrito, ao mesmo tempo em que desafiava sedimentada doutrina e jurisprudência⁴⁵⁴, elevava a novos patamares a atual tendência de valorização da tutela específica (permitindo a sua consecução até mesmo no tocante às obrigações personalíssimas⁴⁵⁵).

Como o Superior Tribunal de Justiça não voltou a se pronunciar sobre a questão desde o referido julgado, não sabemos se o entendimento acima defendido (da ampla

⁴⁵³Trecho do voto condutor do Ministro Sidnei Beneti nos autos do Recurso Especial (REsp) n° 482.094 - RJ (2002/0149569-9), Terceira Turma, maioria de votos, j. 20.05.2008, DJe 24.04.2009.

⁴⁵⁴Doutrina e jurisprudência que, como vimos, eram (e ainda são) contrárias à possibilidade do forçado desempenho das obrigações que veiculem deveres artísticos/intelectuais.

⁴⁵⁵Campo historicamente ligado ao sucedâneo indenizatório.

coercibilidade das obrigações artísticas/intelectuais) começará a ser adotado como regra pela Corte Superior ou se ele deve ser analisado como episódico.

Assumindo, para fins acadêmicos, que o inovador Acórdão fosse representativo de uma real tendência do Superior Tribunal - e que a jurisprudência passasse a admitir que os deveres artísticos e intelectuais fossem coercitivamente exigidos em Juízo - poderíamos afirmar que nesta hipótese estaria resolvido o problema do credor da obrigação? A possibilidade de se demandar coativamente o desempenho das obrigações personalíssimas seria a solução para o contratante da obra literária, para o diretor do espetáculo teatral⁴⁵⁶, por exemplo?

A questão se coloca por uma simples razão: os deveres artísticos e intelectuais pressupõem uma inspiração e espontaneidade que não podem ser extraídas do devedor com a técnica coercitiva. Como já assinalamos antes, o profissional que se negara a produzir o fato prometido por não encontrar inspiração pouco provavelmente a encontraria por estar sendo admoestado por uma multa pecuniária.

Podemos até pressupor, com certa dose de razoabilidade, que o devedor confrangido pelas *astreintes*, esperando evitar um mal maior (pagamento da multa), muito provavelmente acabaria realizando a prestação exigida em Juízo. Agora, essa prestação entregue sem a necessária inspiração e liberdade corresponderia às iniciais expectativas do credor? Em outras palavras: o resultado do mister artístico ou intelectual realizado coativamente interessaria ao credor?

Voltando aos exemplos citados ao longo do presente estudo: a obra escrita pelo renomado romancista forçosamente instado a desempenhar a prestação teria o mesmo brilho dos seus precedentes trabalhos? A atuação coativa de uma famosa artista em uma dada peça teatral agradaria o diretor do espetáculo, comoveria o público? E a série de shows a ser realizada em uma certa casa de espetáculos por um premiado cantor, atingiria o nível artístico esperado? Poderíamos ir além: teriam o diretor da peça teatral, a editora da obra ou a casa de shows eventualmente insatisfeitos com o mister desempenhado,

⁴⁵⁶Exemplos de obrigações personalíssimas aventadas no começo do presente subcapítulo.

respectivamente, pela atriz, pelo escritor e pelo cantor como argumentar, em Juízo, que a prestação teria sido realizada de forma insatisfatória⁴⁵⁷?

Se atentarmos ao fato de que a empreitada artística ou criativa exigida em Juízo reclama espontaneidade e livre expressão (que não se farão presentes pelo simples fato de haver uma multa pecuniária cominada) concluiremos ser, na maioria das vezes, "contraproducente a aplicação da técnica coercitiva, pois a obra talvez fosse realizada, mas, com grande probabilidade, não traduziria as qualidades irredutivelmente individuais do autor, a sua personalidade e sua individualidade"⁴⁵⁸.

As reflexões até aqui expostas demonstram que, em nosso sentir, a questão atinente à possibilidade de se aplicar a técnica coercitiva em obrigações que veiculem deveres artísticos e intelectuais parece estar mais relacionada à utilidade do provimento que à possibilidade jurídica de sua obtenção e, assim, mais centrada na pessoa do autor (credor) que na do réu (devedor).

É possível que ao credor não interesse a obtenção coativa do mister inadimplido (seja ela admitida ou não pela doutrina e jurisprudência), vez que o resultado da obrigação prestada forçosamente pode não corresponder à sua expectativa inicial. Com efeito, ao credor interessaria somente o cumprimento da obrigação artística/intelectual com a excelência contratada ou estaria ele, em certos casos (até mesmo em razão dos investimentos feitos), satisfeito com a mera execução do mister, do modo que fosse, ainda que sem o brilho e emoção inicialmente esperados?

Atentas a todas essas considerações, as Cortes inglesas⁴⁵⁹ decidiram, em dois célebres casos relatados por Eduardo Talamini, sancionar o comportamento faltoso do devedor (que se negava a realizar a prestação assumida) sem atuar diretamente sobre a conduta à qual ele havia se obrigado⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷Reclamando, por conta da insatisfatória realização da obrigação (que corresponde ao inadimplemento), ou a reiteração da prestação por parte dos obrigados (quando possível) ou a entrega do sucedâneo pecuniário (perdas e danos).

⁴⁵⁸SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, página 486.

⁴⁵⁹O direito inglês, como o nosso, é avesso à idéia da coativa exigência dos deveres artísticos.

⁴⁶⁰Mantendo-se, pois, fiel à tradição não coercitiva das obrigações artísticas/intelectuais.

Preservando o íntimo direito criativo do artista, o Judiciário inglês atuou sobre o dever de não fazer que se encontrava ligado, como outra face da moeda, ao dever de fazer inadimplido, impedindo, apenas, que o devedor realizasse seu mister perante outros contratantes:

[...] assim se deu no célebre caso *Lumley v. Wagner* (1852), em que, embora não tenha sido possível forçar a cantora lírica, irmã do compositor Richard Wagner, a apresentar-se em teatro junto ao qual se obrigara com exclusividade, concedeu-se *injunction* proibindo-a de apresentar-se em outro teatro londrino. Semelhante solução foi adotada no também famoso *Warner Brothers v. Nelson*, em que se emitiu *injunction* para que a atriz Bette Davis ficasse impedida de atuar em filmes na Inglaterra feitos por qualquer outra companhia que não a Warner. Na defesa de Bette Davis, argumentou-se que a *injunction*, no caso, equivaleria à *specific performance*, pois a atriz, proibida de trabalhar, ver-se-ia forçada a atuar para a Warner. A corte, porém, rejeitou essa tese, considerando que Davis tinha qualidades suficientes para, não querendo cumprir o contrato com a Warner, dedicar-se a outra profissão.⁴⁶¹

Como podemos verificar, a Corte inglesa tentou fazer com que, de uma forma indireta⁴⁶², o artista observasse o dever personalíssimo assumido. Nos casos exemplificados acima, ao mesmo tempo que respeitava os direitos constitucionais do devedor, que continuava tendo a intimidade e liberdade intelectual preservadas, o Judiciário acabava sancionando o inadimplemento contratual ao impedir que o recalcitrante realizasse a prestação inadimplida junto a terceiros. Pela solução proposta pelas Cortes inglesas, a atriz mencionada em nosso hipotético exemplo estaria impedida de atuar em peças de outras companhias teatrais durante o tempo de vigência do contrato originariamente firmado, o cantor renitente restaria impossibilitado de realizar shows em casas de espetáculos concorrentes até o fim da temporada originariamente negociada e o escritor famoso não seria autorizado a publicar sua obra por outras editoras.

⁴⁶¹TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 96.

⁴⁶²Atuando sobre o "dever geral de abstenção" - que se encontrava ligado, como outra face da moeda, ao dever de fazer assumido pelo devedor inadimplente.

Vale destacar que semelhante solução já foi aventada em solo pátrio, tendo sido proposta pela Ministra Nancy Andrichi no voto vencido do aresto anteriormente examinado⁴⁶³.

Não se pode negar, contudo, que, apesar de ter o mérito de sancionar a conduta do devedor, esse mecanismo alternativo acaba não resolvendo de forma integral o problema do credor, que continua sem a prestação almejada. No fundo, ao impor uma espécie de "dever geral de abstenção" ao devedor - que fica impedido de realizar seu mister perante terceiros durante o prazo de vigência da avença inadimplida -, as Cortes inglesas acabam apenas impedindo que o prejuízo experimentado pelo credor com o descumprimento se amplie ainda mais.

Exatamente por não entregar, pois, a prestação esperada pelo credor, esse mecanismo alternativo desenvolvido pela jurisprudência inglesa acaba não servindo como solução final à questão.

O tema, desde o inovador julgado do Superior Tribunal de Justiça analisado neste capítulo, ganhou novos contornos e, em nosso sentir, continua em aberto.

A solução, quer nos parecer, será obtida na análise de cada caso, ponderando-se os bens jurídicos em confronto na demanda, podendo-se adotar uma das alternativas exploradas ao longo do presente capítulo (ora a preconizada pela doutrina que defende a incoercibilidade dos deveres personalíssimos, ora a coercibilidade plena defendida pelo recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, ora a solução alternativa aventada pelas Cortes inglesas).

⁴⁶³Eis os trechos que fazem remissão à questão:

"Decorre da natureza do contrato entabulado que as recorridas se submeteram ao cumprimento de obrigações positivas e negativas, vale dizer: atuação profissional em favor da recorrente e abstenção de atuação a qualquer outro.

[...] Solução diversa, porém, reclama o futuro descumprimento de obrigação de não-fazer.

Conquanto, também na hipótese, seja possível se vislumbrar a ocorrência de obrigação *intuitu personae*, a natureza preventiva da multa cominatória alcança seu real objetivo nessa situação, porquanto impede a prática de ato que lhe é proibido, ou ainda, a continuidade da prática em obrigações que se protraem no tempo.

[...]

Forte em tais razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para declarar válida a cobrança da multa cominatória nos termos do voto e fixar o seu termo final como sendo a do término do contrato de exclusividade celebrado pelas partes" (BRASIL, Recurso Especial (REsp) n° 482.094 - RJ (2002/0149569-9), Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi, maioria de votos, j. 20.05.2008, DJe 24.04.2009).

1.2.2. - OBRIGAÇÃO DE PRESTAR DECLARAÇÃO.

Ainda na seara dos deveres de fazer infungíveis, mas como último tópico dessa espécie obrigacional, devemos destacar que o modo de se obter, em Juízo, o cumprimento da obrigação de prestar declaração⁴⁶⁴ encontra-se, após a "recente" alteração legislativa⁴⁶⁵, pacificado. Hoje, basta ao credor requerer que o Juízo substitua, por sentença, a declaração sonogada, para que o problema esteja resolvido⁴⁶⁶.

Essa simples solução só passou a ser aceita após longo período de maturação⁴⁶⁷ e após a doutrina e jurisprudência terem, não sem certa resistência e dificuldade, fixado a diferença conceitual entre obrigação "naturalmente infungível" e "juridicamente infungível"⁴⁶⁸.

Uma vez entendido que o Estado-juiz poderia, sem constrangimento de ordem física ou moral⁴⁶⁹, declarar o ato sonogado no lugar do réu, o problema passou a ser considerado como resolvido⁴⁷⁰.

Não se faz necessário, pois, e nem se mostra processualmente adequado, solicitar que a declaração denegada seja forçosamente emitida pelo próprio devedor, sob pena de

⁴⁶⁴Sobre a infungibilidade das obrigações de prestar declaração, Barbosa Moreira: "as obrigações de emitir declaração de vontade incluem-se entre as de prestação infungível, pois só o devedor, em princípio, pode declarar a sua própria vontade, sendo inconcebível que disso se venha a encarregar qualquer terceiro, como poderia acontecer se se tratasse, v.g., de consertar aparelho ou demolir edificação. Todavia, as obrigações de que agora se cuida têm um ponto em comum com as de prestação fungível: o interesse do credor não se dirige à atividade do devedor, considerada em si mesma, senão ao resultado dela, isto é, à proteção do efeito (aqui jurídico, em vez de material, como nos outros casos referidos) que de semelhante atividade resultaria" (MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, páginas 209 e 210).

⁴⁶⁵Referimo-nos, aqui, à Lei nº 11.232/2005, que, entre outros, incluiu no Código de Processo Civil os artigos 466-A, 466-B e 466-C.

⁴⁶⁶Na verdade, sendo mais técnico e preciso, o autor pleiteia ao magistrado que ele produza, por sentença, os mesmos "efeitos" que a declaração denegada produziria, caso tivesse sido prestada. Em outras palavras, não há a substituição do ato denegado em si, mas a substituição dos seus efeitos.

⁴⁶⁷A questão da declaração forçada da vontade começou a ser enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência em razão de um reiterado problema prático: a do compromissário-comprador que procurava obter do promitente-vendedor, sem sucesso, a outorga da Escritura definitiva de compra e venda de bem imóvel após ter quitado as parcelas do preço estipulado no compromisso particular.

⁴⁶⁸Por nós explicitada no preâmbulo do presente capítulo.

⁴⁶⁹Exatamente porque a infungibilidade, nos casos de declaração de vontade, é jurídica e não natural.

⁴⁷⁰Sobre o tema "declaração de vontade", a referencial obra do professor Flávio Luiz Yarshell (**Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993).

multa cominatória⁴⁷¹. O credor prejudicado com uma declaração não emitida deve, apenas e tão somente, pleitear a declaração substitutiva a ser outorgada pelo magistrado nos termos dos artigos 466-A⁴⁷², 466-B⁴⁷³ ou 466-C⁴⁷⁴ do Código Processual (solução mais ágil e eficaz).

Guilherme Rizzo Amaral cita, contudo, duas situações em que a sonegação da "declaração de vontade" poderia vir a demandar a cominação das *astreintes* (ambas hipóteses referindo-se à outorga de Escritura definitiva de compra e venda de bem imóvel).

Segundo o autor, uma primeira hipótese seria se o comprador de um dado imóvel ajuizasse uma ação apenas contra a construtora-vendedora, deixando de fora da lide eventual agente financeiro que figurara, na matrícula do imóvel, como credor hipotecário. Nesse caso, haveria necessidade do comprador se socorrer das *astreintes*, pois só com esse mecanismo a construtora seria constrangida a obter, junto ao agente financiador da obra, a baixa do gravame⁴⁷⁵.

Como segunda hipótese, Guilherme Amaral cita problemática similar à precedente. Segundo ele, seria necessário lançar mão da multa cominatória se a outorga da Escritura definitiva não dependesse apenas da vontade do réu, mas também de terceiros cuja relação jurídica se desse exclusivamente com o demandado⁴⁷⁶, não havendo regra jurídica que

⁴⁷¹ Como bem destaca o professor João Batista Lopes, "diversa é [...] a técnica utilizada pela lei relativamente à obrigação de prestar declaração de vontade, em que o juiz pode proferir sentença substitutiva da obrigação do devedor. Assim, a sentença, além de reconhecer o direito do autor, substitui a vontade do réu para produzir o mesmo efeito do contrato a ser firmado [...]" (LOPES, João Batista. Sentença substitutiva de declaração de vontade - natureza e função. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 46, São Paulo: Dialética, jan. 2007, página 104).

⁴⁷² "Artigo 466-A - Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração emitida".

⁴⁷³ "Artigo 466-B - Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado".

⁴⁷⁴ "Artigo 466-C - Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível".

⁴⁷⁵ Se, contudo, o agente financiador fosse incluído no pólo passivo da demanda, a necessidade das *astreintes*, segundo Guilherme Amaral, desapareceria.

⁴⁷⁶ Segundo o autor, na primeira hipótese acima aventada, a relação jurídica do terceiro (agente financiador) não se daria "exclusivamente" com o demandado (a construtora), vez que o agente financiador credor possui garantia real sobre o bem imóvel em discussão (garantia real essa que vincula o agente financiador ao próprio comprador do imóvel).

permitisse ao autor o "afastamento da necessidade de anuência dos terceiros"⁴⁷⁷. Nesse caso, a utilização das *astreintes* mostrar-se-ia adequada, diante da "impossibilidade de obtenção da tutela específica com o mero suprimento da declaração de vontade do réu"⁴⁷⁸.

1.2.3. - OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS E MEDIDAS DO §5º DO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Antes de adentrarmos ao exame das obrigações de não fazer, cumpre salientar, como última observação no tocante às obrigações de fazer infungíveis⁴⁷⁹, que as medidas sub-rogatórias do §5º do artigo 461 também podem ser utilizadas nesta seara (inclusive, se for conveniente ao credor, pode ele optar, livremente, pela execução do fato por terceiro).

Com efeito, sendo a infungibilidade estabelecida em favor do credor, pode este a ela renunciar a qualquer momento, optando pelo caminho que lhe for mais conveniente: ou manda realizar o fato por terceiro ou opta pela adoção de alguma das espécies de sub-rogação disciplinadas no §5º do artigo 461 do diploma processual.

De mais a mais, lembrando o quanto afirmado no capítulo "III.", poderá o credor, verificando a eventual ineficácia da multa cominatória durante o curso do processo, modificar o rumo do feito, pedindo que o magistrado passe a adotar uma das providências do §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Em diretas palavras: pode o credor de uma obrigação infungível abrir mão da infungibilidade *ab initio*, pleiteando, desde a distribuição da petição inicial, a adoção de medidas distintas da multa cominatória ou pode, no curso do feito, verificada a ineficácia das *astreintes*, fazer uso das demais ferramentas disponibilizadas pelo diploma processual.

⁴⁷⁷Por exemplo: dívidas fiscais que recaiam sobre o imóvel, determinadas exigências do registro de imóveis como reunião, abertura ou cancelamento de matrículas (todos os exemplos são de Guilherme Rizzo Amaral).

⁴⁷⁸AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 111.

⁴⁷⁹Referimo-nos, aqui, às obrigações infungíveis como um todo e não apenas à específica categoria das "obrigações artísticas e intelectuais" (item "1.2.1.") ou à específica categoria das obrigações de prestar declaração (item "1.2.2.").

2. - *ASTREINTES* NAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER.

As obrigações de não fazer⁴⁸⁰, diferentemente das obrigações de fazer, não se subdividem em fungíveis e infungíveis. Como se mostra lógica e fisicamente impossível alguém deixar de fazer algo em nome de outrem, todas as obrigações de não fazer são, por natureza, infungíveis. Corroborando nossa afirmação, Arenhart, com arrimo nas lições colhidas de Proto Pisani:

Com referência às obrigações de não fazer é antes de mais nada necessário ter sempre bem presente que a obrigação negativa enquanto tal [...] é sempre infungível: não pode jamais ser subrogada para terceiro [...] Portanto, uma condenação a adimplir a obrigação originária de não fazer (e não já a obrigação derivada da violação da obrigação negativa originária) terá sempre a característica de condenação para o futuro e a atuação da obrigação originária de não fazer poderá sempre ser obtida apenas através da técnica de medidas coercitivas e nunca através da técnica de execução forçada.⁴⁸¹

Exatamente por serem sempre infungíveis e principalmente por essa infungibilidade ser sempre "material" (e nunca "jurídica"⁴⁸²) é que as *astreintes* encontram, nas obrigações de não fazer, o campo de sua maior incidência e maior efetividade. A consecução da obrigação de não fazer é, sem dúvida, eminentemente⁴⁸³ obtida por intermédio do mecanismo da multa coercitiva.

⁴⁸⁰Conceituada, pela doutrina, como "aquela em que o devedor assume o compromisso de se abster de um fato, que poderia praticar, não fosse o vínculo que o prende" (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral das obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, página 41).

⁴⁸¹ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, página 186.

⁴⁸²A infungibilidade é sempre "material", "natural" (e não "jurídica") porque, como asseverado acima, se mostra lógica e fisicamente impossível alguém deixar de fazer algo em nome de outrem.

⁴⁸³Utilizamos o vocábulo "eminentemente" e não o termo "unicamente" porque em algumas situações o inadimplemento das obrigações de não fazer poderá ser contornada com a utilização de outro mecanismo (notadamente aqueles previstos no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil). Por exemplo, se apesar da multa coercitiva cominada a uma certa indústria não interromper a continuada conduta de despejo de seus dejetos em local impróprio, poderá o magistrado impor a cessação temporária de suas atividades - até que a ordem de adequação comportamental seja, finalmente, acatada. Obviamente, por ser muito severa e invasiva, a medida de fechamento temporário da indústria poluidora (uma das que podem ser adotadas com base no §5º do artigo 461 do diploma processual) deverá ser utilizada apenas em casos extremos e como última alternativa - de modo que a multa coercitiva continua, pois, sendo a primária e mais importante medida para a consecução da obrigação de não fazer em Juízo.

Voltando aos três exemplos apresentados no introdutório capítulo do presente estudo: o empresário prejudicado com a concorrência desleal iniciada pelo seu ex-sócio em afronta ao instrumento de dissolução de sociedade (que estipulara o dever de não concorrência por determinado lapso temporal) deve lançar mão das *astreintes* para obter o cumprimento da obrigação de não fazer inadimplida; o indivíduo ameaçado de ter um fato desabonador de sua vida pessoal divulgado por seu psicólogo ou seu advogado⁴⁸⁴, em seu meio social, pode se valer, proveitosamente, da multa cominatória; também o membro do *parquet*⁴⁸⁵ ou um cidadão qualquer poderá se valer da medida, no caso de uma indústria poluidora.

Partindo das três hipóteses práticas acima citadas, não podemos deixar de anotar que o credor, dependendo das características da obrigação de não fazer, poderá obter a prestação jurisdicional (sob a forma de tutela específica) em diferentes momentos.

Se o dever de abstenção se prolongar no tempo, a tutela cominatória poderá ser requerida tanto antes como depois da violação se iniciar. Se a obrigação de não fazer tiver momento único de incidência, apenas a tutela inibitória preventiva será capaz de atender ao intento do credor.

O que se quer dizer, com o precedente parágrafo, é que a obrigação de não fazer de conteúdo instantâneo não pode ser eficazmente tutelada após a realização do ato violador. Sendo praticado o ato vedado, restará à parte prejudicada, dependendo do caso, (i) a via das perdas e danos ou (ii) pedir que o devedor desfaça, com uma conduta positiva, o dever de abstenção violado.

As obrigações de não fazer, como se pode inferir pelos poucos parágrafos a elas destinados, são as únicas que não despertam larga polêmica jurisprudencial ou doutrinária.

⁴⁸⁴Profissionais que têm o legal dever de manter em sigilo eventuais informações desabonadoras que lhes forem transmitidas por seus pacientes/clientes.

⁴⁸⁵Órgão expressamente legitimado para a defesa dos interesses coletivos, como é o interesse em jogo na hipótese aventada.

3. - *ASTREINTES* NAS OBRIGAÇÕES DE ENTREGAR COISA.

No tocante às obrigações de entregar (também referida, pela doutrina, como obrigação de dar), disciplinadas pelo artigo 461-A⁴⁸⁶ do Código de Processo Civil, cumpre ressaltar que os meios preferenciais previstos para a efetivação da tutela específica se encontram no §2º⁴⁸⁷ do citado dispositivo: imissão de posse para bens imóveis e busca e apreensão para bens móveis.

Existindo meios tão eficazes como os legalmente disciplinados pelo aludido §2º, que atuam diretamente sobre o bem almejado, dificilmente o credor irá optar pelo uso das *astreintes*. É certo, contudo, que tal medida, a despeito de não se apresentar como a mais indicada (e efetiva) para a generalidade dos casos nessa espécie obrigacional, além de não ser vedada⁴⁸⁸, ainda pode, vez ou outra, ser proveitosamente utilizada nesta seara. Nesse sentido a opinião de Talamini:

[...] não se pode ignorar que, muitas vezes, a efetivação da tutela tendente à entrega de coisa (núcleo do dever), em princípio realizável por meios sub-rogatórios, pode ter sua eficácia comprometida pela inobservância, por parte do obrigado, de deveres instrumentais de colaboração (indicação de onde o bem se encontra, viabilização de acesso ao bem etc.). Os fins visados por alguns desses deveres acessórios também são perfeitamente atingíveis independentemente da vontade do devedor (assim, a negativa de acesso ao local em que o bem encontra-se é superada através do arrombamento e ingresso coativo). Outros, contudo, podem assumir caráter infungível. Tome-se como exemplo o dever de indicar onde está a coisa a ser apreendida [...]. O emprego concreto de ordem acompanhada de multa ou mecanismos coercitivos atípicos deve ser reservado basicamente às situações antes cogitadas: a) na antecipação de tutela, quando houver extrema urgência na pronta obtenção do bem; b) em relação aos deveres instrumentais, como o de indicar onde a coisa

⁴⁸⁶ Artigo 461-A - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação".

⁴⁸⁷ §2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel".

⁴⁸⁸ O §3º do artigo 461-A expressamente inclui, no rol das possíveis medidas para a consecução das obrigações de dar/entregar, a técnica das *astreintes*: "§3º - Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§1º a 6º do art. 461".

móvel está, permitir-lhe acesso, fornecer informações necessárias para sua eventual desinstalação (deveres de fazer, na essência); c) nos casos em que a desocupação do bem imóvel ou a entrega do bem móvel reveste-se de peculiaridades tais que a tornam complexa a ponto de ser difícil de realizá-la sem a ajuda do réu.⁴⁸⁹

Uma polêmica questão floresceu nessa espécie obrigacional. Diz ela respeito à possibilidade de ser (ou não) cominada multa para que uma das partes apresente (entregue) documentos em Juízo.

O assunto ganhou especial destaque com a enxurrada de demandas ajuizadas por conta dos expurgos inflacionários. Não possuindo, em seu poder, os dados necessários do período a ser abarcado pela demanda, muitos dos correntistas pediram que a instituição bancária (ré) apresentasse, no bojo do processo principal, a documentação pertinente; outros tantos ajuizaram, primeiramente, Medida Cautelar de Exibição de Documento (artigo 844 do Código de Processo Civil).

A pretensão de se cominar *astreinte* para reforçar o pedido de documentação formulado por uma das partes no primeiro caso - ou seja, durante o curso de um procedimento ordinário - dividiu (e ainda divide) a jurisprudência.

Os julgadores que não admitem o uso da multa coercitiva, nessa hipótese específica, argumentam já existir no Código de Processo Civil (em seu artigo 359⁴⁹⁰) expressa sanção ao ato de não apresentação da documentação (qual seja: a admissão, como verdadeiros, dos fatos que a parte pretendia provar com o documento sonogado). No entendimento dessa corrente jurisprudencial, havendo expressa consequência sancionatória consignada no próprio Código, não caberia (como, em nosso sentir, não cabe mesmo) a aplicação das *astreintes*. Nesse sentido, o seguinte trecho do voto condutor proferido pela Ministra Isabel Gallotti em um dos julgados que preconiza o não cabimento da multa pecuniária:

⁴⁸⁹TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, páginas 468 e 473.

⁴⁹⁰Artigo 359 - Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II - se a recusa for havida por ilegítima".

[...] não se postula, nos autos de origem - ação de cobrança de diferenças de correção monetária, em fase de processo de conhecimento - a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, hipóteses em que teria aplicação a regra do art. 461 ou 461-A do CPC.

Trata-se de ação ordinária de cobrança em que se pede o cumprimento de obrigação de dar dinheiro. Incidentalmente, foi determinada a exibição, pelo banco réu, de extratos relativos ao período em que se discute o direito às diferenças de correção monetária.

A ordem de exibição de documentos deu-se, portanto, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança e encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC, que não prevêm multa cominatória.

[...]

No caso dos autos, no qual se cuida de fase instrutória de processo de conhecimento, a consequência do descumprimento injustificado do ônus processual não será a imposição de multa cominatória reservada por lei para forçar o devedor ao cumprimento de obrigação de direito material de fazer, não fazer, ou entregar coisa, mas a presunção de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar, presunção esta que não é absoluta, devendo ser apreciada pelo juízo no momento da sentença em face dos demais elementos de prova constantes dos autos.⁴⁹¹

Mas não é só o fato de haver expressa sanção para o descumprimento da obrigação de exibição que deve conduzir ao entendimento de não ser cabível, na hipótese analisada, a multa coercitiva. Além disso deve ser considerado, como segundo argumento, que os artigos que prevêm as *astreintes* se referem, apenas, à tutela jurisdicional principal (aquela atinente ao bem da vida procurado pela parte). Ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro, as *astreintes* não devem ser utilizadas, por total ausência de autorização legal, para dar coercibilidade aos comandos incidentais e processuais expedidos pelos magistrados, mas apenas e tão somente para dar efetividade aos provimentos que veiculem

⁴⁹¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo (AgRg no Ag) nº 1.179.249 - RJ (2009/0069494-7), Quarta Turma, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, votação unânime, j. 14.04.2011, DJe 03.05.2011. No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Especial (EDcl no AgRg em REsp) nº 1.092.289 - MG (2008/0156292-0), Quarta Turma, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, votação unânime, j. 19.05.2011, DJe 25.05.2011.

a tutela específica em si. Nosso ordenamento difere, nesse sentido, do francês, no qual existem expressos dispositivos permitindo a cominação de multa para outras ordens judiciais, que não digam respeito à tutela específica⁴⁹².

Em sentido contrário ao julgado anteriormente citado, admitindo, portanto, a aplicação de *astreintes* ao pleito exhibitório de documentação formulado no bojo do processo principal, Acórdão da lavra do Ministro João Otávio de Noronha:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. MULTA DIÁRIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557, §2º, DO CPC.

1. Em se tratando de multa diária imposta com a finalidade de assegurar o cumprimento de determinação judicial de exibição de documentos imposta incidentalmente em processo de conhecimento, o STJ assenta ser cabível a sanção processual em referência.

[...]

Precedente:

'É possível cominação de multa quando se tratar de determinação judicial para exibição de documento' (AgRG no REsp n. 1.097.681/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 05.05.2009)

1 - A multa cominatória fixada pelo Tribunal de origem teve por objetivo garantir a eficácia da determinação judicial de exibição de documento, procedimento que não ofende o art. 461 do CPC, sendo que, uma vez efetivamente cumprida a obrigação de fazer, não haverá ônus para a parte. Precedentes. (AgRg no REsp n. 718.377/RS, relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 2.8.2005).⁴⁹³

⁴⁹²Como apontamos no capítulo "IV.II."

⁴⁹³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Especial (AgRg no REsp) n° 1.174.381 - SP (2009/0249274-7), Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, votação unânime, j. 24.08.2010, DJe 03.09.2010. Com esse mesmo entendimento: (i) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Especial (AgRg em REsp) n° 1.096.940 - MG (2008/0222508-5), Terceira Turma, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, votação unânime, j. 18.11.2010, DJe 26.11.2010 e (ii) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo (AgRg no Ag) n° 1.165.808 - SP (2009/0050129-3), Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, votação unânime, j. 22.03.2011, DJe 31.03.2011.

Já em sede cautelar, a possibilidade de cominação de *astreintes* para o pedido de exibição de documento restou sepultada desde a edição da Súmula 372⁴⁹⁴.

Por inexistir a possibilidade de multa pecuniária e não haver expressa previsão legal de qualquer outra espécie de sanção pelo descumprimento da ordem judicial exarada pelo magistrado⁴⁹⁵, a jurisprudência passou a admitir, em sede cautelar, a busca e apreensão:

PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DESCUMPRIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

- A busca e apreensão é a medida cabível para tornar efetiva a exibição dos documentos, caso não seja atendida espontaneamente a ordem judicial.

- Não cabe a aplicação de multa diária em ação de exibição de documento.⁴⁹⁶

4. - ASTREINTES E OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA EXPRESSAS EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

Como nota comum às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, cumpre-nos salientar que, além dos artigos 461 e 461-A (por nós referidos com maior frequência no curso do presente trabalho), o Código de Processo Civil também dedicou os artigos 621 a 643, do Livro II, à disciplina de tais obrigações⁴⁹⁷.

Quando portador de título executivo extrajudicial, deverá o credor lançar mão do procedimento previsto nos artigos 621 a 628 para obter a consecução das obrigações de entregar coisa certa; artigos 629 a 631 para os deveres de dar coisa incerta; artigos 632 a 638 para as obrigações de fazer (sejam elas fungíveis ou infungíveis) e artigos 642 e 643 para os deveres de abstenção.

⁴⁹⁴Verbete da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça: "na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória".

⁴⁹⁵Como há, por exemplo, no caso do pedido de exibição de documento feito no curso de um procedimento ordinário (artigo 359 do Código de Processo Civil, já examinado).

⁴⁹⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo (AgRg no Ag) nº 828.342 - GO (2006/0238158-0), Terceira Turma, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, votação unânime, j. 18.10.2007, DJe 31.10.2007.

⁴⁹⁷Tais dispositivos já haviam sido esparsamente referidos ao longo do presente capítulo.

A advertência do §1º do artigo 461⁴⁹⁸ do diploma processual pode (e deve) ser aplicada ao processo executivo acima referenciado, muito embora, em algumas passagens do Livro II⁴⁹⁹ do Código de Processo Civil (notadamente nos parágrafos únicos dos artigos 638 e 643⁵⁰⁰), isso possa não ter ficado suficientemente claro.

Em outras palavras: assim como no processo de conhecimento (artigos 461 e 461-A), no processo de execução de título extrajudicial deverá o juiz conduzir o feito tendo em conta a declarada preferência legal pela entrega da tutela específica, ao invés do sucedâneo indenizatório⁵⁰¹. Poderá o autor, pois, lançar mão de todos os meios disponíveis à consecução da obrigação inadimplida, só havendo conversão em perdas e danos em derradeira hipótese.

Da mesma forma que as diretrizes do Livro I (do processo de conhecimento) do Código Buzaid se aplicam à execução da obrigação de fazer, não fazer e dar consignadas em título executivo extrajudicial - como visto no parágrafo acima -, as disposições do Livro II (do processo de execução) também se aplicam, no que couber, ao processo de conhecimento (leia-se: artigos 461 e 461-A). É o que dispõe, expressamente, o artigo 644 do Código de Processo Civil: "a sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo". Nesse sentido o escólio de Cássio Scarpinella:

Os arts. 634 e 637, embora estejam localizados no 'Livro II do Código de Processo Civil', e, por isto, com vistas a reger as execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais, têm aplicação também para os casos de

⁴⁹⁸De que as obrigações de dar, fazer e não fazer somente se converterão em perdas e danos "se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou o resultado prático correspondente".

⁴⁹⁹Livro que trata do processo de execução.

⁵⁰⁰"Artigo 638 - Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la.

Parágrafo único - Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos [...]"

"Artigo 643 - Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos.

Parágrafo único - Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos".

Tais dispositivos, se analisados isoladamente (ou seja, se o destinatário da norma não levar em consideração o movimento de valorização da tutela específica e as recentes alterações legislativas inseridas no Livro I do Código), podem levar ao equivocado entendimento de que a mais tímida resistência do réu, em desempenhar a obrigação a que havia se comprometido, levaria à automática conversão do dever em perdas e danos. Não é essa a interpretação literal e assistemática, todavia, que deve prevalecer.

⁵⁰¹Afinal de contas, seria ilógico e assistemático pensar que apenas o jurisdicionado que procurasse a proteção judicial por intermédio de um processo de conhecimento pudesse ser beneficiado com a primazia da tutela específica.

títulos executivos judiciais, como são os casos albergados pelo art. 461, por força do disposto no art. 475-R [...] e no próprio art. 644.⁵⁰²

Há, pois, um intercâmbio entre os regramentos do processo de conhecimento e processo de execução quando estamos a tratar de tutela específica, intercâmbio esse que passou a ser necessário em razão das fragmentadas e assistemáticas reformas realizadas pelo legislador ora na parte do processo de conhecimento, ora na parte da execução. Prova de que as regras do processo de execução podem ser aproveitadas no processo de conhecimento se encontra no sedimentado entendimento de que o credor de uma obrigação fungível (que não porte título executivo extrajudicial) pode se valer da técnica da realização do ato inadimplido por terceiro (técnica essa que se encontra disciplinada no Livro II, artigo 634, do Código Buzaid)

Uma vez esgotadas as considerações sobre as obrigações de fazer, não fazer e dar, natural *habitat* das *astreintes* por expressa disposição legal⁵⁰³, cumpre-nos, como derradeiras providências do presente capítulo⁵⁰⁴, analisar a possibilidade da medida coercitiva ser aplicada nas obrigações de pagar e como ela se comporta ante a Fazenda Pública.

5. - ASTREINTES E OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA.

Um número cada vez maior de estudiosos vem defendendo a possibilidade das *astreintes* serem utilizadas para as obrigações pecuniárias. Citamos, entre outros, apenas para dimensionar a questão: Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰⁵, Asdrubal Franco Nascimbeni⁵⁰⁶, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁵⁰⁷, Daniel Francisco Mitidiero⁵⁰⁸ e Marcelo Lima Guerra⁵⁰⁹.

⁵⁰²BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, página 414.

⁵⁰³Vide artigos 287, 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

⁵⁰⁴Fechando, assim, o propósito de analisar o âmbito de incidência das *astreintes*.

⁵⁰⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵⁰⁶NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005.

⁵⁰⁷OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵⁰⁸MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁵⁰⁹GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

O fato de processualistas de escol defenderem o alargamento da multa coercitiva denota a importância do instituto objeto do nosso estudo.

Segundo podemos colher nas lições dos doutrinadores acima indicados, os que defendem a aplicação da medida cominatória para as obrigações de pagar quantia o fazem sob o argumento de que a *astreinte* acabou se mostrando, empiricamente, extremamente efetiva na consecução das obrigações de fazer, não fazer e entregar. Essa a posição consignada por Luiz Guilherme Marinoni, para quem se o emprego da multa é "importante para as tutelas que resultam na imposição do fazer e do não-fazer, não há razão para não a empregarmos para dar efetividade às tutelas que objetivam a entrega de coisa e mesmo o pagamento de soma em dinheiro"⁵¹⁰.

No mesmo sentido a lição de Marcelo Lima Guerra:

[...] o emprego de medidas coercitivas para assegurar a prestação de tutela executiva em forma específica, inspira-se, justifica-se e está a concretizar o valor constitucionalmente protegido da efetividade da tutela jurisdicional. Desse modo, a utilização de tais medidas não pode ser obstada nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa legislação.

[...] vários são os obstáculos que podem comprometer [...] uma prestação efetiva da tutela executiva. Assim, por exemplo, a demora e os custos da execução decorrentes da não indicação, pelo devedor, de bens. Dessa forma, sempre que a aplicação de alguma medida coercitiva, inclusive a multa diária, revelar-se capaz de superar esses obstáculos e contribuir para uma satisfação mais pronta e efetiva do crédito objeto da execução, ela pode ser utilizada, desde que, é óbvio, não se violem outros bens constitucionalmente protegidos.⁵¹¹

⁵¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica** (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 193.

⁵¹¹GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, página 186.

A proposta é, em nosso sentir, mesmo cômicos das boas intenções que movem os processualistas acima citados, impossível de ser acolhida⁵¹². Isso por uma simples, porém importantíssima, razão: inexistente autorização legal para tanto⁵¹³. Como aponta Eduardo Talamini: "há a necessidade de permissão no ordenamento para o emprego de um meio coercitivo"⁵¹⁴. O autor parece estar com a razão: o ordenamento parece não dar ao magistrado o poder de, por entender que o meio coercitivo "A" (aplicado, por expressa disposição legal, aos casos "X") seja mais eficaz, empregá-lo, por *sponte propria*, nos casos "Y", que possui um meio coercitivo "B" legalmente previsto.

E quando defendemos a necessidade de prévia autorização legal para a utilização de uma dada medida processual não estamos (que fique bem claro) a reverenciar um formalismo irracional, retrógrado (bem ao sabor da ciência do século XVIII); pelo contrário, estamos a reverenciar a "previsibilidade" que o processo deve ensinar (o jurisdicionado tem o direito de previamente saber quais ferramentas poderão ser utilizadas em seu favor ou em seu desfavor) e, ainda, a reverenciar a segurança jurídica e o devido processo legal⁵¹⁵. Irretocável, sobre esse aspecto, a consideração de Guilherme Amaral:

[...] não caberia ao juiz autoampliar seus poderes sempre que entendesse menos adequada a técnica de tutela disposta pelo legislador a uma determinada situação concreta. O formalismo processual também deve ser visto como 'garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado', e a

⁵¹²Dinamarco é mais ponderado ao manifestar sua opinião sobre o tema, dizendo ser "desejável que as novas técnicas venham a ser estendidas às execuções por dinheiro, que são muito mais freqüentes que as outras e no entanto ainda permanecem regidas pelas burocráticas e demoradas técnicas tradicionais" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, página 43).

⁵¹³Na verdade, existe dispositivo legal expressamente dispondo que a obrigação de pagar quantia deve ser executada de acordo com suas próprias regras: "artigo 475-I - o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo".

⁵¹⁴TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 464. No mesmo sentido - de que os meios executivos dependem, para serem aplicados, de expressa norma autorizadora -, Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de G. Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, página 288).

⁵¹⁵Sobre o princípio do devido processo legal e sua relação com a "previsibilidade" esperada pelo jurisdicionado, o escólio de Humberto Theodoro Júnior: "a justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil [...]. É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, página 28).

possibilidade de o juiz ignorar as técnicas de tutela predispostas pelo legislador para criar procedimento próprio tem enorme potencial para resultar em um processo de cunho ditatorial.⁵¹⁶

Também não convence o argumento (utilizado pela parcela da doutrina que defende a aplicação das *astreintes* nas obrigações de pagar quantia) de que a inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.232/2005, ao inserir uma multa para a fase do cumprimento de sentença (multa de 10% do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁵¹⁷), teria aproximado as técnicas utilizadas para tutelar as obrigações de dar e fazer às técnicas adotadas para a tutela das obrigações de pagar - autorizado, pois, o emprego generalizado de multas coercitivas em um ou outro caso.

Isso porque, em primeiro lugar, a multa do artigo 475-J é fixada em patamar imutável (sempre será, por expressa disposição legal, dez por cento do valor do débito), diferentemente das *astreintes*, que são quantificadas casuisticamente⁵¹⁸, podendo ser fixadas em valores nominais ou percentuais.

Em segundo lugar, a multa do artigo 475-J não tem incidência periódica (como a multa do 461, que vai se acumulando dia a dia⁵¹⁹), e sim episódica⁵²⁰.

⁵¹⁶AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 122.

⁵¹⁷"Artigo 475-J - Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

⁵¹⁸Sempre levando em conta, pois, as particularidades do caso concreto, como, por exemplo: a capacidade financeira do recalcitrante, as características da obrigação exigida em Juízo, as vantagens que o devedor experimentaria com o inadimplemento do dever descumprido etc. (vide, sobre o tema, o capítulo "VI.", item "2."). Para Cássio Scarpinella Bueno, "justamente em função desta inegável flexibilidade da 'multa do art. 461', pela expressa autorização legal de ela poder se adaptar às circunstâncias de cada caso concreto - atipicidade da técnica -, é que ela não pode ser confundida com a multa do art. 475-J que, no modelo da Lei n. 11.232/2005, ainda deve ser entendida como vinculada à tutela condenatória e não à tutela mandamental" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, página 307).

⁵¹⁹Ou em diferente unidade de tempo, a ser livremente fixada pelo magistrado (vide capítulo "VI.", item "1.").

⁵²⁰Não invalida a presente argumentação o fato das *astreintes* poderem ser cominadas episodicamente em alguns casos (como no caso das obrigações de não fazer com momento único de incidência, das quais são exemplos (i) o dever de uma dada emissora de televisão de se abster de transmitir, ao vivo, um show musical e (ii) a obrigação de um profissional, cujo mister pressuponha dever de sigilo, de não divulgar informações confidenciais de seu paciente/cliente a terceiros, hipóteses já abordadas nos precedentes parágrafos). As *astreintes* podem ser fixadas periodicamente ou em momento único de incidência (a depender das particularidades da obrigação à qual se vinculará) e a multa do artigo 475-J só pode incidir em um único momento (após o décimo-quinto dia do termo inicial fixado em lei).

E em terceiro lugar, a multa do artigo 475-J tem inegável caráter sancionatório, ao passo que as *astreintes*, como aponta remansosa doutrina, tem natureza coercitiva.

A jurisprudência, cônica das diferenciações até aqui expostas e atenta à necessidade de prévia autorização legal para o manejo de um meio coercitivo, tem se inclinado pela não admissão da multa para consecução das obrigações de pagar quantia:

PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. *ASTREINTES*. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADA.

[...]

2. No entanto, na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, predomina no STJ o entendimento de que a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. [...] Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio [...].

[...]

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.⁵²¹

Adotando uma posição ainda mais radical no tocante ao não cabimento das *astreintes* para a consecução das obrigações de pagar quantia, por entender que a medida poderia se mostrar, inclusive, não efetiva na seara em questão, a lição de Talamini:

E, mesmo de *lege ferenda*, não parece revelar-se apropriada a extensão da multa para o campo da tutela atinente a pretensões pecuniárias. Dificilmente a aplicação da multa teria eficácia prática, pois conduziria a um impasse lógico: recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária

⁵²¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 371.004 - RS (2001/0158663-1), Segunda Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, votação unânime, j. 07.03.2006, DJe 06.04.2006. No mesmo sentido: (i) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 784.188 - RS (2005/0160317-2), Primeira Turma, relator Ministro Teori Albino Zavascki, votação unânime, j. 25.10.2005, DJe 14.11.2005 e (ii) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 770.295 - RS (2005/0125033-3), Primeira Turma, relator Ministro Teori Albino Zavascki, votação unânime, j. 27.09.2005, DJe 10.10.2005.

tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo. Aliás, a técnica da incidência da multa por dia de atraso no cumprimento da prestação pecuniária identifica-se, nesse campo, com a técnica da incidência de juros de mora. A cominação de multa processual diária equivaleria à imposição judicial de juros diários. Sabe-se, no entanto, que os juros - ainda quando elevados (como são os praticados na atual economia brasileira) - dificilmente demovem o devedor de sua intenção de não pagar. Não há razões para apostar que, sob o nome de 'multa diária', os juros teriam maior sucesso.⁵²²

Distanciando-nos um pouco da polêmica e visualizando a questão de forma mais abrangente, a solução para o "problema" da execução dos deveres de pagar quantia parece não estar tão atrelada à possível cominação das *astreintes*, mas sim mais centrada no aperfeiçoamento das técnicas sub-rogatórias⁵²³ e na revisão dos poucos mecanismos que hoje temos à disposição do credor para impedir que o réu, antes mesmo de ser citado, esvazie/dilapide seu patrimônio. Mais: a solução do "problema" parece passar, também, por uma mais assídua aplicação, por parte dos Tribunais, das disposições contidas no artigo 14⁵²⁴ e, principalmente, nos artigos 600 e 601⁵²⁵ do Código de Processo Civil.

⁵²²TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 465.

⁵²³Que já foram, de certa forma (embora não exaustivamente), aperfeiçoadas com a reforma de 2006 (referimo-nos, aqui, à Lei nº 11.382/2006).

⁵²⁴"Artigo 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

II - proceder com lealdade e boa-fé;

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único - Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa [...]"

⁵²⁵"Artigo 600 - Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em cinco dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Artigo 601 - Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução".

Como última nota ao assunto, vale a pena lembrar que, ao inadmitir a fixação de multa cominatória para a consecução de obrigações de pagar, o ordenamento brasileiro acabou se distanciando das *astreintes* francesas, pois, como vimos no capítulo "IV.II.", a jurisprudência francesa tem aceitado a utilização da multa para potencializar a obrigação de pagar quantia⁵²⁶.

6. - ASTREINTES E FAZENDA PÚBLICA.

Por último, mas não menos importante, destacamos o fato de que a fixação de multa coercitiva em processos envolvendo a Fazenda Pública vem sendo admitida, de forma sedimentada, pela jurisprudência.

PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE *ASTREINTES* CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (*astreintes*) como meio executivo para cumprimento da obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

2. *In casu*, o Tribunal de origem registrou que a União somente cumpriu a decisão depois de decorrido um ano da determinação judicial, que consistiu na implementação do pagamento de pensão especial de ex-combatente. Fixou, assim, multa diária em seu desfavor.

[...]

3. Agravo Regimental não provido.⁵²⁷

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. MULTA DIÁRIA IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE.

⁵²⁶Nesse sentido o julgamento, em 29.05.1990, da apelação 87-40182, da *Cour de Cassation* e a lição de François Vinckel: "*L'astreinte peut également garantir l'exécution d'obligations monétaires*" (VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008, página 282).

⁵²⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em recurso Especial (AgRg nos EDcl no AREsp) nº 161.949 - PB (2012/0076038-8), Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, votação unânime, j. 16.08.2012, DJe 24.08.2012.

1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), caso fosse descumprido o prazo de 60 (sessenta) dias para a entrega do estudo antropológico respeitante à identificação e à delimitação da Terra Indígena Mato Preto.

3. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária - *astreintes* - como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou para a entrega de coisa. Precedentes: AgRg no Ag 1.352.318/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/2/2011; AgRg no AREsp 7.869/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2011; e AgRg no REsp 993.090/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/11/2010.

3. No caso *sub examine*, o Tribunal *a quo*, ao dar provimento parcial ao agravo de instrumento, para reduzir o valor da multa diária para R\$ 1.000,00 (um mil reais), asseverou que a ação originária '[...] foi ajuizada em junho de 2006, sem que, até o momento, tenha sido concluído o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto, única e exclusivamente em razão da mora da FUNAI, que recebeu inúmeras vezes a prorrogação de prazo para a conclusão de seu trabalho [...]' (fls. 168).

4. Agravo Regimental não provido.⁵²⁸

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE DAR. DESCUMPRIMENTO. *ASTREINTES*. FAZENDA PÚBLICA. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É cabível a cominação de multa diária contra a Fazenda Pública, como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer ou para a entrega de coisa. Precedentes.

[...]

3. Agravo Regimental não provido.⁵²⁹

⁵²⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) nº 23.782 - RS (2011/0158842-7), Primeira Turma, relator Ministro Benedito Gonçalves, votação unânime, j. 20.03.2012, DJe 23.03.2012.

⁵²⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.124.949 - RS (2009/0033437-4), Segunda Turma, relator Ministro Castro Meira, votação unânime, j. 09.10.2012, DJe 18.10.2012.

Marcelo Lima Guerra, apesar de admitir a cominação de *astreintes* contra a Fazenda (em consonância com os julgados acima citados), destaca que, na prática, a multa acaba se apresentando pouco eficaz, pois a pressão psicológica que a medida deveria ensejar acaba não se fazendo presente quando o réu é o Estado (isso porque, conforme leciona a majoritária doutrina, é a pessoa jurídica de direito público - que não pode ser psicologicamente coagida - que irá arcar com a multa, não o seu agente⁵³⁰):

É que a medida coercitiva, como instrumento de pressão psicológica, requer que seja exercida uma vontade, enquanto fenômeno psíquico. Daí que, imposta contra pessoas jurídicas, as medidas coercitivas tendem a ser eficazes apenas naquelas hipóteses em que possa, dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir também uma vontade humana. Ora, em se tratando de pessoa jurídica de direito público percebe-se logo que é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer uma efetiva pressão psicológica sobre a vontade do exato agente administrativo responsável pelo cumprimento da decisão judicial.⁵³¹

Como solução à "inoperância" do instituto, o autor sugere que a multa seja aplicada "contra o próprio agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*"⁵³².

Tal sugestão não pode, em nossa opinião, ser acatada - sob pena de se violar o princípio do contraditório e do devido processo legal, vez que o agente estatal não é parte do processo. A multa deve ser sempre "suportada pela pessoa jurídica de direito público, e não pelo agente que, diretamente, desatendeu ao preceito judicial"⁵³³.

⁵³⁰Esse sim passível de sofrer pressão psicológica em razão da iminente cominação de multa pecuniária.

⁵³¹GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o poder público. **Revista de Processo**, ano 25, n. 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000, página 76.

⁵³²GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o poder público. **Revista de Processo**, ano 25, n. 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000, página 76.

⁵³³AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 128.

Enfocando a questão sobre esse prisma (de que o agente não é parte do processo e, portanto, não pode sofrer qualquer espécie de sanção), Guilherme Rizzo Amaral assim se posiciona:

A pessoa física do agente público ou do diretor de uma determinada empresa não integra a relação processual, não tendo, assim, condições de discutir à plenitude seja a existência da obrigação imposta pela decisão judicial, seja a viabilidade de seu cumprimento no prazo determinado pelo juiz.⁵³⁴

Obviamente, contudo, que as pessoas de direito público prejudicadas com a incidência da multa terão direito de acionar, em regresso, o agente que tenha agido com dolo ou culpa (deixando de atender ou atendendo com atraso o comando judicial).

Vicente Greco Filho adota posição mais radical do que a de Marcelo Lima Guerra. Por entender que o Estado jamais poderá se sentir psicologicamente premido, o autor simplesmente não admite a aplicação das *astreintes* contra a Fazenda Pública:

Entendemos, também, serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo.⁵³⁵

Com a devida vênia, pensamos não ser arrazoado manter a Fazenda infensa à técnica coercitiva. Embora o órgão público não possa ser, de fato, psicologicamente coagido a fazer ou deixar de fazer algo, não temos como negar que a multa coercitiva acaba, objetivamente, induzindo, sim, ao cumprimento da obrigação veiculada na decisão judicial.

⁵³⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 129.

⁵³⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III, páginas 68 e 69.

Seria demasiadamente pessimista e inegavelmente fantasioso pensar que o agente estatal, somente por não ser ele o responsável direto pelo eventual pagamento da multa, deixaria a multa fluir sem adotar providências para a reforma ou cumprimento do provimento (mormente porque tal agente está, como consignado acima, sujeito à ação de regresso em caso de conduta/omissão culposa ou dolosa).

Em nossa opinião, o mesmo argumento que é utilizado pela minoritária corrente doutrinária para justificar o não cabimento da multa cominatória ao Estado (o fato de que o órgão público, por ser uma pessoa jurídica, não se sentiria psicologicamente constrangido a dar cumprimento a uma certa determinação judicial) serviria para escusar a imposição de *astreintes* a toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado - e, até onde sabemos, a doutrina nunca cogitou isentar as pessoas jurídicas da incidência de tal medida.

De mais a mais, seria necessário haver expresso comando legal obstando a aplicação das *astreintes* ao Estado⁵³⁶, o que, até o momento, inexistente, sendo, portanto, correta, sob nossa ótica, a jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁵³⁶Veja que as "vantagens"/"prerrogativas" processuais concedidas à Fazenda Pública devem vir, sempre, expressas em Lei - como vem, no artigo 188 do Código de Processo Civil, por exemplo, expressamente consignada a prerrogativa da Fazenda de contestar a pretensão autoral no quádruplo do prazo ordinariamente ofertado às partes e de recorrer dos provimentos jurisdicionais no dobro do prazo comumente concedido aos litigantes em geral.

V.I. - POSSIBILIDADE DE SE CUMULAREM SANÇÕES OU COERÇÕES.

Após havermos definido a natureza da multa coercitiva pátria, analisado suas principais características, apontado sua finalidade e, sobretudo, o seu largo campo de incidência, cumpre-nos, agora, estudar a possibilidade das *astreintes* poderem ser cominadas cumulativamente a outros meios sancionatórios ou coercitivos previstos no ordenamento brasileiro.

Atentas ao movimento de valorização da tutela específica e da efetividade dos provimentos jurisdicionais, doutrina e jurisprudência começaram a se indagar sobre a possibilidade de se cominar, cumulativamente à multa coercitiva, outras espécies de sanções ou coerções. Seria possível que o devedor recalcitrante, instado a desempenhar a obrigação inadimplida por uma decisão acompanhada de *astreintes*, pudesse ser, em caso de continuada renitência, sancionado, cumulativamente, com a multa do parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil? O demandado que se recusasse a cumprir o comando judicial acompanhado da multa cominatória praticaria o ato tipificado no artigo 330 do Código Penal (crime de desobediência), podendo ser penalizado nos termos do estatuto repressivo?

Haveria, na primeira hipótese acima aventada, a possibilidade de uma cumulação de coerção e sanção (multa do artigo 461 mais multa do artigo 14⁵³⁷)? Haveria, na segunda hipótese, fundamento jurídico para uma dupla penalidade (multa do artigo 461 mais pena cominada ao crime de desobediência)? A cumulação de institutos tornaria os provimentos jurisdicionais mais efetivos?

As respostas colhidas na doutrina e jurisprudência são divergentes.

1. - *ASTREINTES* E CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

As indagações acima formuladas não se fazem sem razão, pelo menos no que diz respeito à hipotética cumulação da multa pecuniária do artigo 461 do diploma processual

⁵³⁷ Ambos artigos mencionados referem-se ao Código de Processo Civil.

civil com as penas previstas para o crime de desobediência, tipificado no artigo 330 do Código Penal. Sendo eminentemente mandamentais os provimentos que veiculam as *astreintes* (como tivemos a oportunidade de apontar no capítulo "III."), o desatendimento do comando jurisdicional poderia caracterizar, pelo menos em tese, o tipo penal descrito no artigo 330 do *Codex* repressivo:

Desobediência

Artigo 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público⁵³⁸.

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

Partindo, pois, da premissa de que os provimentos mandamentais têm inegável caráter de "ordem" e de que essa "ordem" deve ser cumprida com exatidão pelo jurisdicionado à qual se dirige⁵³⁹, sob pena de desrespeito ao poder jurisdicional, parte autorizada da doutrina começou a defender, logo que as primeiras reformas para a valorização da tutela específica foram implementadas no Código Buzaid⁵⁴⁰, que o desatendimento do comando judicial caracterizaria crime de desobediência.

Nesse sentido, o escólio do professor Kazuo Watanabe:

⁵³⁸ Cabe destacar que, depois de muita celeuma em torno da questão, hoje se encontra pacificado em doutrina e jurisprudência que o magistrado é considerado, para fins do artigo em comento, como "funcionário público" e que sua "ordem", quando descumprida, é apta a ensejar a configuração do crime de desobediência. A questão tratada no presente capítulo, que fique bem claro, diz respeito à possibilidade de ser reconhecido o delito penal quando um dado jurisdicionado descumpra uma determinação judicial que venha acompanhada de *astreintes*. Não se discute, em doutrina ou jurisprudência, que o crime pode restar perfeitamente configurado quando a ordem judicial descumprida vem expedida sem se fazer acompanhar de anexas medidas sancionatórias/coercitivas civis.

⁵³⁹ Eduardo Talamini leciona (em nosso sentir com razão) que apenas os provimentos mandamentais estariam, em tese, aptos a ensejar, como conseqüência de seu descumprimento, conduta tipificada como crime de desobediência: "são apenas os atos judiciais de eficácia mandamental que veiculam propriamente uma ordem. Frente a esses, o não acatamento é conduta que se pode enquadrar no crime de desobediência. Aqui não importa tanto a adesão teórica ao nome 'mandamental', mas o reconhecimento de que, entre os provimentos de 'repercussão física', uma fração deles se diferencia dos demais por conter comando direto à parte, que, se o descumpre, afronta a autoridade estatal" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 308).

⁵⁴⁰ Referimo-nos, aqui, às modificações legislativas iniciadas em 1994 (exatamente quando se resgataram as discussões doutrinárias sobre a velha questão atinente à classificação das tutelas/sentenças). Importante explicitar, entretanto, que a idéia de que os provimentos mandamentais poderiam caracterizar, caso descumpridos, crime de desobediência, não se originou das alterações realizadas pelo legislador no Código de Processo Civil em 1994. Muito antes disso, analisando o caso do Mandado de Segurança (ação tendente, também, a um provimento com cunho mandamental) a doutrina já se posicionava pela possibilidade da conduta renitente ser caracterizada como tipo penal (nesse sentido: BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002). As alterações realizadas no Código de Processo Civil em 1994 e 2002 apenas alargaram o âmbito de incidência das considerações doutrinárias, que outrora estavam circunscritas ao Mandado de Segurança e às demandas possessórias.

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

[...] os atos do demandado que descumpra as ordens judiciais não somente ofendem o direito da parte contrária, como também embaraçam o exercício da jurisdição, e por isso constituem atos atentatórios à dignidade da Justiça, numa concepção que se aproxima muito da adotada pelo sistema da *Common Law*. Para assegurar o cumprimento dessas ordens o nosso sistema processual se vale da pena de desobediência (poderá haver a prisão em flagrante, mas o processo criminal será julgado pelo juiz criminal competente, na forma da lei) e também da multa a ser fixada pelo próprio juiz da causa.⁵⁴¹

Forte na lição do renomado autor, a maioria maciça dos processualistas civilistas⁵⁴² tem admitido a cominação cumulativa da sanção penal e da coerção civil, argumentando, em primeiro lugar, que a possibilidade de ser penalmente processado poderia influir, de forma ainda mais incisiva, na vontade do devedor recalcitrante.

Premido de um lado pelo bolso (*astreintes*) e de outro pela sua liberdade⁵⁴³ (ou pelo receio de uma persecução penal - crime de desobediência), o demandado tenderia a realizar, com maior probabilidade, o ato exigido em Juízo (o que contribuiria, em última análise, para uma maior efetividade das tutelas específicas).

[...] a perspectiva de cometer crime e ser punido serve para induzir o réu ao pronto cumprimento do comando judicial. Reflexamente, portanto, a sanção penal pode funcionar como meio de coerção processual civil. Daí

⁵⁴¹WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, página 44 (primeiro parágrafo) e 27 (segundo parágrafo).

⁵⁴²Botelho de Mesquita é dos poucos estudiosos do processo civil a discordar da maioria, defendendo a impossibilidade da sanção penal: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A Sentença mandamental. **Revista do Advogado**, n. 78. São Paulo: AASP, set. 2004, página 42.

⁵⁴³O crime de desobediência, após a promulgação da Lei nº 9.099/1995, não é mais passível de pena privativa de liberdade (como regra geral). Apenas em específicos e excepcionais casos, e de acordo com minoritária doutrina, é que se poderá cogitar, remotamente, da privação da liberdade para sancionar o crime em questão (que é considerado de menor potencial ofensivo). Sobre as restritivas hipóteses que poderiam levar, em sua opinião, à pena de prisão o demandado descumpridor de uma ordem, a obra de Jorge de Oliveira Vargas (VARGAS, Jorge de Oliveira. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível** - sanções: pecuniária e privativa de liberdade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002).

a importância, para o processo civil, de sua adoção nas áreas em que as sanções civis sejam insuficientes.⁵⁴⁴

Em segundo lugar, defendem os doutrinadores partidários da cumulação que a combinação simultânea da multa pecuniária e do tipo penal seria juridicamente autorizada porque as *astreintes* e a sanção penal constituiriam "institutos diversos, que não competem entre si por exercerem funções completamente distintas"⁵⁴⁵. Enquanto a multa seria (como de fato é) meio coercitivo (agindo, portanto, sobre a vontade do devedor projetada para o futuro), a sanção penal seria (como de fato é) punição (para repreensão de ato pretérito).

Coloca-se, ainda, como terceiro argumento em favor da possibilidade de cumulação, o fato de que a adoção de posição contrária desprestigiaria o Judiciário, que perderia importante meio de fazer valer suas decisões.

Os simpatizantes com a possibilidade de cumulação deixam, contudo, de atentar, em primeiro lugar, que o crime de desobediência não foi tipificado na legislação penal para dar "efetividade" aos comandos judiciais⁵⁴⁶. Deixam, outrossim, de anotar que o simples fato da ordem jurisdicional se fazer acompanhar de uma sanção/coerção civil ou administrativa impossibilitaria, de acordo com uníssono entendimento da doutrina penalista, a tipificação da conduta renitente.

Com efeito, segundo os criminalistas, o desatendimento de uma ordem legal acompanhada de *astreintes* só poderia ser tipificada como crime de desobediência se a legislação extrapenal expressamente permitisse essa hipótese (o que acontece, por exemplo, com os casos arrolados nos artigos 362⁵⁴⁷ e 938⁵⁴⁸ do Código de Processo Civil).

⁵⁴⁴NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, página 228.

⁵⁴⁵AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 191.

⁵⁴⁶Não se prestando a tal finalidade, estaria rechaçado o terceiro argumento levantado no precedente parágrafo.

⁵⁴⁷"Artigo 362 - Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência".

⁵⁴⁸"Artigo 938 - Deferido o embargo, o oficial de justiça, encarregado de seu cumprimento, lavrará auto circunstanciado, descrevendo o estado em que se encontra a obra; e, ato contínuo, intimará o construtor e os operários a que não continuem a obra sob pena de desobediência e citará o proprietário a contestar em 5 (cinco) dias a ação".

Inexistindo essa expressa previsão legal, ficaria rechaçada a possibilidade da multa coercitiva do artigo 461 do diploma processual se cumular com a sanção pelo crime de desobediência (simplesmente porque crime de desobediência, nessa hipótese, não existiria). Nesse sentido, o escólio de Damásio de Jesus:

Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressaltar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência. Isso porque a norma extrapenal prevê uma sanção administrativa e não ressalva a dupla penalidade.⁵⁴⁹

Igual entendimento compartilham Guilherme de Souza Nucci e de Júlio Fabrini Mirabete⁵⁵⁰:

Para configurar o delito é fundamental a inexistência de outro tipo de punição. Ressalta, com pertinência, Nelson Hungria que 'se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 [...]'.⁵⁵¹

Portanto, havendo sanção administrativa ou processual, sem qualquer ressalva à possibilidade de punir pelo crime de desobediência, este não se configura.⁵⁵¹

⁵⁴⁹JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. IV, página 265.

⁵⁵⁰Não citamos os três doutrinadores (Damásio, Nucci e Mirabete) despropositadamente. Fizemos questão de nos socorrermos da lição desses específicos autores (em detrimento de outros) para podermos conhecer as posições acadêmicas defendidas por um promotor, por um magistrado e por um advogado. Demonstramos, pois, com as diferentes perspectivas (de quem acusa, de quem julga e de quem defende), que a possibilidade do crime de desobediência restar configurado, na hipótese aventada no presente estudo, é, de fato, inexistente para a doutrina penalista.

⁵⁵¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** - parte geral e parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, páginas 980 e 981. Nesse sentido ainda, NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. IV.

A doutrina e jurisprudência estão de acordo no sentido de que não se configura o crime de desobediência quando alguma lei de conteúdo não penal comina penalidade administrativa, civil ou processual para o fato.⁵⁵²

Vemos, pelas lições transcritas, que a multa coercitiva, quando cominada, acaba se apresentando, sob a perspectiva do devedor, como verdadeira "alternativa"⁵⁵³ ao cumprimento do comando judicial: ao ser admoestado por uma ordem judicial, o jurisdicionado acaba podendo "optar"⁵⁵⁴ entre cumprir a determinação expedida pelo magistrado ou se sujeitar às *astreintes*. O ordenamento não pode, pois, sancionar com tipificação criminal a conduta de um jurisdicionado que opta por uma das duas "alternativas" que lhe são legal e validamente apresentadas.

Se a multa não se mostra suficiente para demover o devedor do seu intento de permanecer renitente (sendo necessária a "ajuda" da sanção criminal) é porque o valor da coerção foi irrisoriamente arbitrado pelo magistrado, seja porque não atentou à verdadeira capacidade econômica do réu (leia-se: capacidade de resistir à ordem judicial), seja porque partiu da equivocada premissa de que o conteúdo econômico da prestação exigida em Juízo estaria muito aquém do seu real valor⁵⁵⁵.

Em uma ou outra hipótese, o problema diz respeito à correta estipulação do montante da multa. Estipulada corretamente, por vezes até mesmo em valor excedente ao da obrigação perseguida em Juízo, a multa se mostrará, indubitavelmente, mais efetiva do

⁵⁵²MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal** - parte especial. 18. ed. São Paulo Atlas, 2003, v. III, página 369. O autor cita farta jurisprudência em seu livro: RT 368/265; 372/190; 409/317; 410/301; 487/339; 495/378; 512/355; 516/345; 524/332; 534/301; 538/361; 542/338; 543/347; 573/398; 596/367; 613/413; 612/346; 713/350; 715/533, entre outros julgados.

⁵⁵³A expressão "alternativa" é destacada propositadamente. Não queremos, com tal vocábulo, transmitir a idéia de que o comando judicial seria uma mera recomendação, um mero conselho ao réu. Pelo contrário, a decisão judicial tanto é uma ordem, uma determinação cogente, que a sua inobservância gera nefastos efeitos para o demandado (sujeição à multa mais eventuais perdas e danos). O que queremos dizer, com o vocábulo destacado é que o réu possui, no fundo, uma escolha (e, não podemos fechar os olhos à realidade, a escolha de fato existe): pode cumprir a ordem do juiz ou pode se submeter às conseqüências de sua renitência.

⁵⁵⁴A "escolha" faz parte da própria natureza da multa cominatória (que, vale a pena lembrar, caracteriza-se por uma pressão psicológica sobre a vontade do demandado) e não pode ser subtraída do jurisdicionado, por mais que o dogma *nemo ad factum praecise cogi potest* tenha sido relativizado em nosso sistema.

⁵⁵⁵E, ao fixar a multa em montante muito aquém do real valor da prestação perseguida em Juízo, a parte renitente acaba preferindo se sujeitar às *astreintes* a cumprir o comando jurisdicional (pois tal escolha lhe parece, monetariamente, mais vantajosa).

que a ameaça da persecução penal⁵⁵⁶ (mormente se levarmos em conta que, com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, o crime de desobediência passou a não mais ser passível de pena restritiva de liberdade⁵⁵⁷).

De mais a mais, a criminalização do comportamento do devedor que se nega a cumprir a ordem judicial acompanhada de *astreintes* parece ir na contramão da contemporânea tendência de despenalização de condutas. A princípio, deve-se deixar aos demais ramos do direito a disciplina das relações jurídicas, vez que o direito penal se ocupa de um pequeno fragmento de atos ilícitos, justamente das condutas que violam de forma mais grave os bens jurídicos mais importantes. Nesse contexto, buscar na esfera penal o cumprimento forçado de uma obrigação é inverter essa lógica. A Lei penal tem de ser a *ultima ratio*, tem de ter âmbito restrito de incidência⁵⁵⁸.

O Superior Tribunal de Justiça tem respaldado o posicionamento da doutrina penalista:

PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR MULTA DIÁRIA DE NATUREZA CIVIL (*ASTREINTES*). ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes).

⁵⁵⁶Sobre a possibilidade (na verdade, recomendação) de se fixar multa em valor excedente ao da obrigação perseguida em Juízo, a autorizada voz de José Carlos Barbosa Moreira: "a vontade do réu é solicitada à ação pelo benefício que ele espera conseguir; torna-se necessário um contra-estímulo, que o induza à abstenção. O contra-estímulo há de consistir na ameaça de uma conseqüência desvantajosa, e será suficientemente forte, em princípio, na medida em que a desvantagem possa exceder o benefício visado. À renúncia a este, vista naturalmente pelo réu como um mal, resultará então do desejo de evitar mal maior" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual (segunda série)**). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, página 38).

⁵⁵⁷Vide, sobre a alteração legislativa de 1995, as notas finais do presente subcapítulo.

⁵⁵⁸Nesse sentido: "sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis" (COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, página 87).

Habeas corpus concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida.

[...]

Constata-se da referida decisão que o MM. Juiz de primeiro grau concedeu a tutela antecipada para impedir que o paciente atuasse na mídia televisiva, fixando, inicialmente, um multa diária de 15 (quinze) salários mínimos no caso de descumprimento da decisão, com base no art. 461, § 4º, do CPC.

[...]

[...] como bem ressaltado pelo *Parquet* federal (fls. 418), ‘as determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil ou processual civil tal quanto às administrativas, retiram tipicidade do delito de desobediência’, o que torna ilegal tanto a decisão que determinou que o paciente se abstinhasse de utilizar sua voz e sua imagem em programa televisivo, sob pena de caracterização de crime de desobediência, quanto o v. acórdão proferido pelo e. Tribunal *a quo*, que, denegando a ordem ali impetrada, ordenou a remessa de cópia dos autos ao MP a fim de se apurar eventual crime de desobediência.

[...] para a configuração do delito de desobediência[...] não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção específica em lei específica no caso de descumprimento.⁵⁵⁹

PENAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR SANÇÃO DE NATUREZA CIVIL – ATIPICIDADE DA CONDUTA.

As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP.

Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência.

[...]

Depreende-se do referido *decisum* que o magistrado *a quo* apenas fixou, inicialmente, valor de multa diária estribado no art. 461, § 4º, do CPC [...]

⁵⁵⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* (HC) nº 22.721 - SP (2002/0065354-0), Quinta Turma, relator Ministro Felix Fischer, votação unânime, j. 27.05.2003, DJe 30.06.2003.

inexiste, consoante bem salientado pelo *parquet* federal, expressa previsão legal quanto à possibilidade de cumulação da sanção de natureza processual civil com a de natureza penal, de forma que esta última não pode ser aplicada.⁵⁶⁰

Essa a posição, inclusive, do Supremo Tribunal Federal:

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (‘ASTREINTE’), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR – INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO – ATIPICIDADE PENAL DA CONDOTA – ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO.

- Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (‘astreinte’) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e Jurisprudência.⁵⁶¹

E mesmo que ignorássemos as dominantes e uníssonas lições doutrinárias e jurisprudenciais criminais para dar ouvidos aos civilistas, admitindo que o descumprimento da ordem judicial acompanhada de *astreintes* pudesse configurar o crime de desobediência,

⁵⁶⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* (HC) n° 16.940 - DF (2001/0065036-4), Quinta Turma, relator Ministro Jorge Scartezini, votação unânime, j. 25.06.2002, DJe 18.11.2002.

No mesmo sentido, ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM AÇÃO COMINATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PERUEIRO. TRANSPORTE CLANDESTINO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL.

1. Conforme a própria decisão de antecipação de tutela proferida pelo Juiz na Ação Cominatória, o seu descumprimento, mediante a realização de transporte sem a devida autorização, implica especificamente na cominação da pena pecuniária previamente fixada, mostrando-se impertinente a alegação de crime de desobediência.

2. Recurso Ordinário provido para trancar a ação penal, por evidente ausência de justa causa.

[...]

Ora, o Juiz da Ação Cominatória foi muito claro: em caso de descumprimento, terá o réu que pagar a pena pecuniária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), sendo esse o limite da conseqüência jurídica pela prática do ato vedado, o transporte sem a devida autorização" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) n° 12.130- MG (2001/0173419-8), Quinta Turma, relator Ministro Edson Vidigal, votação unânime, j. 05.02.2002, DJe 18.03.2002).

⁵⁶¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* HC 86.254-RS, Segunda Turma, relator Ministro Celso de Mello, votação unânime, j. 25.10.2005, DJe de 10.03.2006.

ainda assim não teríamos grandes resultados práticos, vez que a Lei n° 9.099/1995 retirou quase toda a força coercitiva da norma penal sob análise ao praticamente aniquilar a possibilidade de se impor uma pena privativa de liberdade para tais casos.

Com efeito, por ser considerado crime de menor potencial ofensivo, o réu renitente acusado do delito de desobediência terá direito⁵⁶²: (i) à transação penal (artigo 76 da Lei n° 9.099/95⁵⁶³), (ii) à suspensão condicional do processo (artigo 89 da já citada Lei n° 9.099/95⁵⁶⁴), e (iii) em caso de condenação, à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (artigo 44 do Código Penal⁵⁶⁵).

Somente em raríssimos casos, em que o acusado não se enquadrar em alguma das benesses acima elencadas é que poderá ser aventada a hipótese (ainda assim remota) de se aplicar a pena privativa de liberdade para o delito tipificado no artigo 330 do Código Penal. Ada Grinover, Antonio Scarance, Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes destacam, com a acuidade que lhes é peculiar, a declarada intenção do legislador de 1995 de evitar, a todo custo, a prisão por crimes de menor potencial ofensivo:

Aspecto relevantíssimo do Juizado é a afirmação de que deve ser evitada a aplicação de pena privativa de liberdade, em inteira consonância com a tendência da criminologia moderna. Reflete-se essa diretriz no fato de que o acordo entre o Ministério Público e autor do fato só poderá cingir-se à multa ou restrição de direito.

Por outro lado, estava na lei, como princípio diretivo, a regra de que a conversão da pena de multa ou de pena restritiva em privativa de

⁵⁶²Pelo menos em tese (vez que alguns dos direitos dependem de condições específicas para serem gozados).

⁵⁶³"Artigo 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta".

⁵⁶⁴"Artigo 89 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena".

⁵⁶⁵"Artigo 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

liberdade devesse ser evitada, só ocorrendo como última providência. Agora, com a Lei 9.288, de 01.04.1996, não é mais possível a conversão da multa em pena privativa [...].⁵⁶⁶

Em razão do especial regime traçado pela Lei dos Juizados Especiais nem mesmo a momentânea possibilidade do réu ser recolhido à prisão existe, vez que a Lei nº 9.099/1995 não admite prisão em flagrante se o agente assumir o compromisso de comparecer ao juizado⁵⁶⁷.

Seja, pois, pela ausência de expressa previsão legal autorizando o reconhecimento da tipicidade da conduta quando a ordem judicial descumprida vem acompanhada de multa coercitiva; seja pelo entendimento reinante tanto na doutrina penalista como na jurisprudência dos Tribunais Superiores; seja, ainda, pelos atenuados meios de repreensão hoje cominados aos delitos considerados como de menor potencial ofensivo⁵⁶⁸ ou pelo direito penal mínimo⁵⁶⁹, devem ser afastadas, em nosso sentir, quaisquer iniciativas voltadas à cumulação das *astreintes* com a pena prevista para o crime de desobediência.

2. - ASTREINTES E ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.

Na sua incessante busca pela efetividade processual, o legislador introduziu, por intermédio da Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, o inciso V e o parágrafo único ao artigo 14 do Código de Processo Civil, criando a figura do "ato atentatório ao exercício da jurisdição".

⁵⁶⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais** - comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, página 86.

⁵⁶⁷"Artigo 69 - A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança [...]"

⁵⁶⁸Como é o crime de desobediência.

⁵⁶⁹Preconizado pela mais autorizada e moderna doutrina.

Aproximando-se, ainda que timidamente⁵⁷⁰, do instituto da *Contempt of Court*⁵⁷¹, o legislador previu a possibilidade de o magistrado sancionar, com multa de até 20% do valor da causa, a conduta dos litigantes que, desrespeitando a autoridade judicial, se recusassem a cumprir "com exatidão" os provimentos mandamentais⁵⁷²:

Artigo 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimento mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único - Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo pago o valor estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.

A cumulação da multa coercitiva do artigo 461 do Código de Processo com a pena cominada pelo legislador para o ato atentatório ao exercício da jurisdição não despertou na doutrina, nem na jurisprudência a mesma polêmica que a combinação das *astreintes* com o crime de desobediência havia despertado.

A ausência de polêmica talvez deva ser creditada à ressalva feita pelo parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil que, expressamente, permitiu que a

⁵⁷⁰O Projeto de Lei original (nº 3.475/2000), que acabou dando azo à Lei nº 10.358/2001, previa, além da sanção pecuniária sobre a qual discorreremos neste subcapítulo, a possibilidade de o magistrado impor medida restritiva de liberdade para o jurisdicionado recalcitrante (o que aproximaria, ainda mais, o instituto do artigo 14 do Código de Processo Civil ao *Contempt of Court* da *Common Law*). Por tal previsão ter sido suprimida na fase final de tramitação do projeto, é que dizemos que o *Contempt of Court* foi "timidamente" introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 14 do diploma processual. Eis, para conhecimento, o teor do dispositivo que, na redação original do Projeto de Lei, previa a medida restritiva de liberdade: "§2º - se o responsável, no caso do parágrafo anterior, devidamente advertido, ainda assim reiterar a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá também impor-lhe prisão civil por até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão do juiz".

⁵⁷¹Vide capítulo "IV.I".

⁵⁷²Mais um argumento que leva à rejeição da classificação ternária das sentenças (vide capítulo "III").

imposição da penalidade cominada para os atos atentatórios ao exercício da jurisdição fosse realizada "sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis".

Estando expressamente ressalvada a possibilidade de imposição cumulativa de medidas "processuais" (como é a *astreinte*), inexistiria (como de fato inexistiu) razão para divergências doutrinárias ou jurisprudenciais: a combinação da multa coercitiva do artigo 461 do Código de Processo Civil com a sanção do parágrafo único do artigo 14 do aludido diploma é, indubitavelmente, possível.

A cumulação não se mostra possível, todavia, pelo tão-só fato de haver expressa previsão legal autorizando a combinação de medidas "criminais, civis e processuais" à pena do parágrafo único do artigo 14 do Código. A cumulação se mostra viável porque, além da autorização legal, as *astreintes* e a multa aplicada ao ato atentatório ao exercício da jurisdição possuem finalidades e características totalmente distintas (obviamente, se a despeito da expressa autorização legal os institutos cotejados possuíssem iguais escopos/contornos, a cumulação estaria vedada pela regra do *non bis in idem*).

Com efeito, embora ambos os institutos contribuam, como última *ratio*, para a efetividade dos provimentos mandamentais, eles são, indubitavelmente, ontologicamente distintos: ao cominar as *astreintes*, o magistrado espera influir na vontade do jurisdicionado, coagindo-o, pela ameaça da multa pecuniária, a cumprir o comando que está exarando (a multa do artigo 461 dirige-se, pois, a condutas futuras do demandado); ao impor a multa ao ato atentatório ao exercício da jurisdição, o juiz penaliza⁵⁷³ a postura desrespeitosa praticada pelo jurisdicionado (a sanção do parágrafo único do artigo 14 volta-se, pois, à conduta comissiva ou omissiva preteritamente realizada pelo demandado). Em outras palavras: enquanto a *astreinte* coage, a multa do ato atentatório ao exercício da jurisdição sanciona; enquanto a multa do artigo 461 se destina a coibir ou incentivar conduta futura, a multa do parágrafo único do artigo 14 se destina a penalizar ato pretérito⁵⁷⁴.

⁵⁷³O que é bem diferente de constranger (que é o que sucede com as *astreintes*).

⁵⁷⁴Nesse sentido, Cássio Scarpinella: "[...] a natureza jurídica das duas multas é diversa. A multa fixada com base no art. 461 tem natureza coercitiva, relacionada intrinsecamente com a atuação, o mais eficaz possível, sobre a vontade do executado para que ele próprio cumpra a obrigação tal qual ajustada no plano do direito material. A do art. 14, parágrafo único, tem natureza sancionatória, porque decorre do descumprimento da obrigação fixada no inciso V do dispositivo" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - tutela jurisdicional executiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, página 417).

As diferenças não param por aí: enquanto as *astreintes* são cominadas com o precípuo escopo de auxiliar a efetivação das tutelas jurisdicionais, a multa do parágrafo único do artigo 14 é imposta para preservar a autoridade da jurisdição⁵⁷⁵. Exatamente por esse escopo distinto é que o produto da multa cominada a título de *astreintes* reverte em benefício da parte (podendo ser desde logo executada⁵⁷⁶), enquanto a multa imposta em razão do ato atentatório ao exercício da jurisdição reverte em favor do Estado (podendo ser executada somente após o "trânsito em julgado da decisão final da causa"⁵⁷⁷).

Mais: enquanto as *astreintes* podem ser impostas apenas às partes, a sanção pelo ato atentatório à dignidade da jurisdição pode ser imposta inclusive a terceiros⁵⁷⁸.

Por fim, e para distinguir de vez os institutos, devemos apontar que enquanto a multa do artigo 461 guarda inegável relação com as *astreintes* francesas⁵⁷⁹, o ato atentatório à dignidade da jurisdição se liga ao *Contempt of Court* da *Common Law*⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Autoridade essa contestada/desafiada pelo ato de insubordinação.

⁵⁷⁶ Vide capítulo "VII."

⁵⁷⁷ Artigo 14, parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo.

⁵⁷⁸ Nesse sentido, a clara redação do *caput* do artigo 14 do Código de Processo Civil: "são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo [...]". Sobre o tema, o escólio de Dinamarco: "Os deveres indicados no novo dispositivo situam-se em duas vertentes, porque ele fala em cumprir e em não criar embaraços à efetivação dos provimentos que indica. O dever de cumprir, obviamente, é exclusivo do sujeito que for titular da obrigação de fazer ou de entregar, que haja sido objeto da determinação judicial (obrigação de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa). O de não embaraçar tem eficácia *erga omnes*, de modo a abranger as próprias partes, seus advogados, o juiz da causa e eventual deprecado, a Fazenda, o Ministério Público, auxiliares da Justiça de todas as classes. Infringe o inc. V não apenas aqueles que, tendo o dever de dar efetividade ao provimento ou o de contribuir para sua efetivação, deixa de fazê-lo ou cria dificuldades ilegítimas à sua efetivação; infringe-o também quem quer que, mesmo não tendo dever algum relacionado com essa efetivação, interfere no *iter* de sua produção mediante condutas que a impossibilitem ou dificultem" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, página 60).

⁵⁷⁹ Vide capítulo "IV.II."

⁵⁸⁰ Como bem salienta o Ministro João Otávio de Noronha: "trata-se do *contempt of court* brasileiro, ou ato atentatório ao exercício da jurisdição, instituto de larga utilização no sistema da *common law*, introduzido em nosso ordenamento com adaptações e sem a força do originário" (trecho do voto condutor prolatado nos autos do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 32.764 - SP (2010/0143180-3), Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, votação unânime, j. 07.06.2011, DJe 16.06.2011). Nesse sentido, ainda, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: "deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraços à sua efetivação, descumprindo o dever estatuído no CPC 14, V, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contempt of court*). Essa infração pode ensejar reprimenda nas esferas civil, penal, administrativa e processual, além da multa fixada nos próprios autos onde ocorreu o *contempt*, valorada segundo a gravidade da infração e em montante não superior a vinte por cento do valor da causa. Pode-se definir o *contempt of court* como sendo 'a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem [...]' (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, página 208).

A idéia que queremos transmitir com os precedentes parágrafos é que, não só por haver expressa disposição legal mas também por serem institutos completamente distintos, a multa coercitiva pode (e deve) ser cumulada à pena prevista para o ato atentatório à dignidade da jurisdição.

Dizemos que deve haver a cumulação, e não apenas pode, porque o devedor que se nega a cumprir o provimento mandamental cominado de *astreintes* indiscutivelmente desrespeita a autoridade jurisdicional e esse desrespeito não deve ser tolerado⁵⁸¹ pelo Judiciário.

Com as anotações até aqui consignadas encerramos a análise das principais características e implicações da multa coercitiva e dos institutos afins, tanto no direito estrangeiro (capítulos "IV.I." e "IV.II.") como no direito pátrio (capítulos "V." e "V.I.")⁵⁸².

Como proveitoso sumário dos apontamentos realizados desde o primeiro capítulo até o presente momento, podemos concluir - sem medo de errar - que, ao introduzir no ordenamento pátrio institutos semelhantes às *astreintes* francesas⁵⁸³ e ao *Contempt of Court* da *Common Law*⁵⁸⁴, autorizando a cominação cumulativa de ambos para a consecução dos provimentos mandamentais, o legislador acabou colocando à disposição das partes (e do Juízo) suficiente ferramental para a obtenção da tutela específica em Juízo.

⁵⁸¹Não queremos, ao afirmar que o desrespeito não pode ser "tolerado" pelo Judiciário, dar a entender que o demandado deve ter quaisquer dos seus constitucionais e processuais direitos menoscabados quando se recusar a cumprir uma dada determinação judicial. Pode ele se recusar a cumprir a ordem expedida por entendê-la em desacordo com o direito ou por entendê-la ser de impossível cumprimento etc. (obviamente que o réu deverá, em tais casos, adotar uma atitude comissiva visando à reforma/anulação das decisões que lhe imponham as aludidas multas).

⁵⁸²Iniciaremos, no subseqüente capítulo, a análise das questões atinentes ao montante e periodicidade da multa coercitiva.

⁵⁸³Referimo-nos, aqui, ao artigo 461 do Código de Processo Civil.

⁵⁸⁴Referimo-nos, aqui, ao artigo 14, inciso V e parágrafo único do diploma processual civil.

VI. - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA PERIODICIDADE E DO VALOR INICIAL DA MULTA.

Conceituada as *astreintes*, examinado o âmbito de sua incidência⁵⁸⁵ e a possibilidade do aludido instituto ser cumulado com outros fenômenos semelhantes⁵⁸⁶, cumpre-nos, como próximo passo do presente estudo, analisar as questões atinentes à periodicidade da multa e aos critérios que vêm sendo considerados pela doutrina para a fixação do seu valor inicial.

1. - PERIODICIDADE DA MULTA.

As redações dos artigos 11 da Lei da Ação Civil Pública⁵⁸⁷, 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸⁸ e do §4º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁸⁹ - pioneiros diplomas a veicularem as *astreintes* no ordenamento pátrio - permitem a possibilidade da fixação da multa coercitiva em unidade "diária" de tempo, apenas e tão somente.

Interpretando-se literalmente os citados dispositivos legais, chegaria o operador do direito à conclusão de que a *astreinte* não poderia, por expresse regramento⁵⁹⁰, ser imposta

⁵⁸⁵Capítulo "V."

⁵⁸⁶Capítulo "V.I."

⁵⁸⁷"Artigo 11 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de ação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor" (Lei nº 7.347/1985).

⁵⁸⁸"Artigo 213 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§2º - 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 prazo razoável para o cumprimento do preceito" (Lei nº 8.069/1990).

⁵⁸⁹"Artigo 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§4º - O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito" (Lei nº 8.078/1990).

⁵⁹⁰Sendo conveniente lembrar que as medidas coercitivas devem ter previsão expressa em lei e interpretação restritiva.

em unidade temporal maior (semanas, meses) ou menor (horas, minutos): a única periodicidade permitida seria aquela vinculada ao "dia".

Ao transplantar a regra dos vanguardistas diplomas aludidos no começo deste subcapítulo para o Código de Processo Civil, o legislador repetiu o "lapso técnico" apontado, fazendo expressa remissão à "multa diária". Pela redação dada ao §4º do artigo 461 do Código Buzaid pela Lei nº 8.952/1994, poderia o intérprete mais legalista continuar sustentando que também no âmbito do diploma processual de 1973 a multa coercitiva poderia ser cominada apenas em "unidade diária" de tempo⁵⁹¹.

O "equivoco técnico" cometido só veio a ser solucionado em 2002, com a Lei nº 10.444, que, ao reformular o §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, deixou clara a possibilidade das *astreintes* serem cominadas em periodicidade diferente da diária. Com efeito, ao deixar de expressamente consignar qual seria a unidade temporal a ser utilizada pelo juiz na fixação da multa coercitiva, adotando uma previsão genérica⁵⁹², passou o legislador a permitir que toda e qualquer espécie de periodicidade pudesse vir a ser utilizada pelo magistrado.

A intenção do legislador de desvincular a multa da unidade diária de tempo ficou ainda mais evidenciada com a inserção do §6º⁵⁹³ ao artigo 461 do diploma processual⁵⁹⁴, que previu a possibilidade de o juiz "modificar o valor ou a periodicidade da multa" após a sua inicial fixação, caso verificasse ser insuficiente ou excessiva a sua cominação.

Está claro, pela disposição hoje constante do Código de Processo Civil (fruto das alterações realizadas pela Lei nº 10.444/2002), que a multa pode ser cominada em unidade temporal maior (semanas, meses) ou menor (horas, minutos) do que o "dia". Essa a lição que colhemos, por exemplo, em Cândido Rangel Dinamarco, para quem a redação do

⁵⁹¹Eis a redação dada ao §4º pela Lei nº 8.952/1994: "§4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito".

⁵⁹²Eis a redação do §5º inserido pela Lei nº 10.444/2002: "§5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

⁵⁹³"§6º - O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva".

⁵⁹⁴§6º incluído pela Lei nº 10.444/2002.

"novo §6º do art. 461 do Código de Processo Civil mostra ser mais adequado dizer 'multas periódicas', do que 'diárias', porque o sistema admite, agora expressamente, a incidência dessas sanções por períodos diferentes dos 'dias' de atraso no cumprimento"⁵⁹⁵.

A questão que se coloca é se a lição transcrita se estenderia, também, para os diplomas citados no preâmbulo do presente subcapítulo. Estaria o juiz autorizado a cominar *astreinte* em periodicidade diferente da diária para os conflitos regulados pelo Código de Defesa do Consumidor (que ainda prevê expressa regra atrelando a multa à unidade temporal "dia")? E as pretensões formuladas no âmbito da Ação Civil Pública ou vinculadas ao direito da criança e do adolescente (diplomas que possuem regras idênticas ao do Código consumerista)⁵⁹⁶?

A resposta, partindo de uma interpretação sistemática, só pode ser positiva. Obviamente, poderá o magistrado, mesmo quando diante de conflitos regulados por diplomas específicos (como são os indicados no preâmbulo deste subcapítulo), socorrer-se da regra dos §§5º e 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil e fixar a multa em periodicidade diversa da diária. E tal afirmação não é feita apenas com base no (inegável) fato de que o Código Buzaid se aplica subsidiariamente aos diplomas específicos mas também com base na constatação de que a simples referência ao termo "multa diária" nos textos legais não tem (nem nunca teve⁵⁹⁷) o condão de transformar o instituto.

A *astreinte*, medida coercitiva e acessória que é, sempre teve a sua periodicidade ditada pelas características da obrigação perseguida em Juízo (pouco importando, portanto, a equivocada ou atécnica nomenclatura utilizada pelo legislador em um ou outro diploma). Se a obrigação, por suas especificidades, demandar cominação de multa por hora, essa unidade de tempo deverá ser a observada pelo juiz no momento da fixação da coerção; se, por outro lado, reclamar cominação mensal, essa passará a ser a modalidade adotada pelo magistrado no caso concreto. Essa a lição de Livia Cipriano Dal Piaz:

⁵⁹⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, página 235.

⁵⁹⁶Mais: poderia ser imposta multa em diferente unidade de tempo para as execuções de obrigação de fazer, não fazer e dar previstas no parágrafo único do artigo 621 e *caput* do artigo 645 do próprio Código de Processo Civil (que mantêm a expressão "multa por dia de atraso")?

⁵⁹⁷Inclusive no passado, antes das alterações realizadas pela Lei nº 10.444/2002 (vide a lição de Marinoni, transcrita na subsequente página).

A doutrina, de maneira geral, tem entendido que o fato de a lei falar em multa diária não impede que o juiz comine multa por quinzena, mês, hora, minuto, ou qualquer outra unidade de tempo. É necessário apenas que haja vinculação com o tipo de prestação pretendida e que seja a multa eficaz para conceder a tutela específica.⁵⁹⁸

Pensar diferentemente seria se apegar, desarrazoadamente, à letra fria da Lei, seria culto excessivo à palavra, uma equivocada "parada" no primeiro estágio do processo interpretativo⁵⁹⁹, o que levaria à desnaturação das *astreintes*. Nesse sentido, a lição de Luiz Guilherme Marinoni, que escreveu, em 2000 (antes, portanto, das alterações realizadas no artigo 461 do Código de Processo Civil pela Lei nº10.444/2002⁶⁰⁰), que:

[...] a alusão a multa diária, presente nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não impede que a multa seja empregada de outra forma, pois o que deve servir de parâmetro para a fixação da multa capaz de permitir a efetiva 'tutela das obrigações de fazer e não fazer' são as características do próprio caso concreto apresentado ao juiz.⁶⁰¹

Outra questão atinente à "periodicidade" da multa coercitiva diz respeito à possibilidade de ser cominada multa com momento único de incidência (conhecida, por parte da doutrina, como "multa fixa"). Havendo o Código apenas disciplinado as *astreintes* por "tempo de atraso", seria possível ser encaixado, no sistema, a multa fixa ou a multa que veiculasse um critério de incidência diferente do temporal (por exemplo, a multa por evento, por acontecimento ou por conduta)? Teriam essas multas a mesma natureza das *astreintes*?

⁵⁹⁸PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 328, Porto Alegre: Notadez, fev. 2005, página 71.

⁵⁹⁹Como bem salienta Juarez Freitas, a interpretação literal (que poderia levar à restritiva aplicação das *astreintes* à unidade de "dia") "deve, apenas, ser uma das fases (a primeira, cronologicamente) de toda a interpretação jurídico-sistêmica" (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, página 53).

⁶⁰⁰Quando até mesmo o próprio Código de Processo Civil se referia, expressamente, à multa diária.

⁶⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 178. Em sentido contrário (em lição anterior a 2002): "a multa imposta será necessariamente diária, o que afasta a possibilidade de multa em valor fixo [...] ou por período diverso de tempo (semanal, quinzenal, mensal, etc.)" (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, página 171).

As respostas aos questionamentos têm de ser positivas. E a razão que nos leva a afirmar que a multa não precisa ser atrelada a uma unidade de tempo é a mesma que nos leva a concluir que a multa pode ser aplicada em periodicidade maior ou menor do que a diária em diplomas nos quais existe regra expressamente se referindo à "multa diária": a *astreinte*, para que seja um efetivo meio de coerção, tem de se amoldar à obrigação exigida em Juízo.

De nada adiantaria impor uma multa coercitiva que incidisse diariamente ou semanalmente para obter o desempenho coativo de uma obrigação instantânea⁶⁰², por exemplo. Seria totalmente desarrazoada (e, mais importante, não efetiva) uma multa que penalizasse por "dia" a obrigação de uma dada emissora de televisão de se abster de transmitir, ao vivo, uma partida de futebol contratada com exclusividade por sua concorrente (dado que a conduta violadora ocorre em um único instante, não se protraindo no tempo).

Seria também totalmente descabido cominar uma multa diária (ou por hora, minutos) para que um certo profissional (psicólogo ou advogado) se abstivesse de levar adiante o anunciado intento de divulgar informações confidenciais de seu paciente/cliente a terceiros (vez que a divulgação do fato sigiloso ocorre uma só vez). Da mesma forma, seria equivocada a aplicação de *astreinte* diária para coibir a ilegal demolição de um imóvel tombado como patrimônio histórico⁶⁰³.

Nos três exemplos acima citados, como o dever perseguido tem momento único de cumprimento/descumprimento, a multa deve ser cominada de forma fixa, não se atrelando a qualquer unidade de tempo. Como bem salienta Talamini: "para tais situações, é necessária, em caráter preventivo, a imposição de multa de valor fixo, que incidirá somente uma vez, se e quando houver a violação"⁶⁰⁴.

⁶⁰²São instantâneas as obrigações cujo cumprimento se dê em momento único, não se prolongando no tempo.

⁶⁰³Hipótese última aventada por AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 154.

⁶⁰⁴TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 242.

O mesmo raciocínio se aplica para multas a serem impostas por evento/acontecimento. Existem situações que requerem a fixação de *astreintes* a cada evento ou comportamento faltoso. Por exemplo: instado pelo Ministério Público, por intermédio de uma Ação Civil Pública, a conhecer da repetida cobrança de encargos financeiros abusivos que vem sendo realizada por uma dada instituição bancária em desfavor de seus correntistas, poderá o magistrado, à vista da recorrente negativação dos consumidores inadimplentes perante os órgãos de proteção ao crédito, estando presentes os pressupostos do artigo 273 do Código de Processo, impor multa por cada ato de indicação realizado pela aludida instituição financeira⁶⁰⁵.

Formulando outra hipótese em sede de Ação Civil Pública, poderá o juiz, por exemplo, impor multa que incida cada vez que uma dada empresa de energia elétrica vier a emitir faturas aos consumidores de uma dada região sem atentar a uma específica condição benéfica imposta pelo órgão regulador do setor (ANEEL).

Admitindo essa espécie de cominação (por ato/evento), o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS DO DEVEDOR. TEMPESTIVIDADE. OPOSIÇÃO EM DEZ DIAS A CONTAR DA SEGURANÇA DO JUÍZO. MÉRITO. EXECUÇÃO DE MULTA COMINADA POR DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. *ASTREINTES*. EXCLUSÃO DA COBRANÇA DE DETERMINADOS SERVIÇOS NA FATURA TELEFÔNICA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPROPRIEDADE. DESCUMPRIMENTO QUE SE REPETE, ISOLADAMENTE, APENAS UMA VEZ A CADA TRINTA DIAS. [...].

A multa liminar foi cominada de forma atécnica, pois, tratando-se de um evento fixo, que se renova mensalmente, deveria ter sido cominada de forma fixa com base na expedição de cada fatura em desconformidade com a decisão. Razoável, então, seria a cominação de multa fixa de R\$ 500,00 por cada fatura emitida em desconformidade com a decisão judicial, ou seja, aquela fatura que computasse os serviços cuja cobrança

⁶⁰⁵Fica claro que a *astreinte* diária, semanal, mensal (ou em qualquer outra unidade de tempo) por certo não coibiria, eficazmente, a conduta ilegal praticada pela instituição bancária no caso aventado.

fora vedada pela decisão. A fixação da multa dessa forma obvia problemas como o ocorrido no caso em tela, e que é impossível o descumprimento diário da decisão tendo em vista que o ato cuja proibição se pretende ocorre uma vez a cada trinta dias.⁶⁰⁶

Inúmeras outras situações que demandassem a cominação de *astreintes* desvinculadas de qualquer unidade de tempo poderiam ser aqui catalogadas e relacionadas, mas a apresentação das hipóteses até aqui consignadas demonstram, extirpe de dúvidas, que a característica da prestação perseguida em Juízo é que definirá a forma de atuação da multa coercitiva.

Vemos, pois, que a multa coercitiva pode ser cominada em qualquer unidade de tempo (hora, dia, semana, mês), de forma fixa (caso de obrigações instantâneas) e até mesmo por evento/acometimento.

2. - CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR INICIAL DA MULTA.

Cumpre-nos destacar, introdutoriamente, que o presente subcapítulo tem por escopo analisar os critérios que devem ser levados em conta pelo magistrado para fixar o valor "inicial" da coerção a ser imposta a uma dada obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Queremos, com essa antecipada advertência, deixar claro que a polêmica questão a respeito da eventual existência de limitação sobre o "*quantum* final" das *astreintes*⁶⁰⁷ será tratada em distinto capítulo (notadamente no capítulo "VI.I", item "3.").

Os aspectos a serem observados pelo juiz quando da fixação do montante inicial da multa coercitiva, embora não venham expressamente delineados em Lei, encontram-se relativamente assentados na doutrina e jurisprudência pátrias⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível nº 71.001.773.787, Segunda Turma Recursal Cível, relatora Desembargadora Maria José Schmitt Sant Anna, j. 26.11.2008 (julgado citado no livro de AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 158).

⁶⁰⁷Quando mencionamos *quantum* final queremos nos referir ao montante que pode resultar da somatória das repetidas incidências da multa inicial em razão da reiterada renitência do réu em cumprir o comando judicial que comina as *astreintes*.

⁶⁰⁸Como bem destaca Dinamarco: "o estatuto da execução específica renuncia a impor uma precisa equação matemática ou critérios rígidos destinados a dimensionar o valor das multas coercitivas, limitando-se a estabelecer que elas devem ser suficientes e compatíveis com a obrigação (CPC, art. 461, §4º), mas a doutrina e os tribunais já têm idéias razoavelmente estabelecidas a respeito, a partir desse binômio suficiência-compatibilidade equacionado em lei" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, página 536).

Com efeito, embora haja uma nuance entre alguns estudiosos sobre a maior ou menor importância de um determinado critério em relação a outro, ou sobre a existência ou não de algum deles, o fato é que as questões a serem sopesadas pelo julgador quando da fixação do valor inicial das *astreintes* encontram-se mais ou menos definidas.

Partindo do único indicativo consignado em lei - o §4º do artigo 461 do Código de Processo Civil - Buzaid diz que as *astreintes* devem ser fixadas de maneira "suficiente ou compatível com a obrigação"⁶⁰⁹ -, os doutrinadores estabeleceram o conteúdo econômico da obrigação exigida em Juízo como primeiro critério a ser levado em conta pelo juiz ao determinar o montante inicial da multa.

Segundo majoritária doutrina, deverá o magistrado, ao se deparar com uma pretensão que veicule obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, voltar-se, primeiramente, à expressão econômica da prestação inadimplida. Quanto maior for o valor da obrigação descumprida maior será, em tese, o *quantum* inicial da *astreinte*.

A razão que leva a doutrina a vincular a graduação do montante da multa ao valor do dever discutido em Juízo é óbvia: o devedor recalcitrante só se sentirá compelido a desempenhar a prestação inadimplida se a ameaça (leia-se: *astreinte*) se apresentar verdadeiramente desvantajosa para ele - e ela só se apresentará realmente desvantajosa se estiver no mesmo patamar monetário que a obrigação descumprida. Podemos afirmar, sem medo de errar, que uma hipotética multa diária de cem, duzentos Reais certamente não intimidaria o devedor a desempenhar a prestação atrelada a um contrato milionário: o mal que a *astreinte* representaria, no aventado caso, não seria suficiente para influir na vontade do réu por estar dissociada da expressão econômica da obrigação⁶¹⁰.

⁶⁰⁹Deve ser criticada, ainda que por intermédio de nota de rodapé, a redação atribuída pelo legislador ao aludido §4º, que parece sugerir a existência de critérios alternativos para a fixação do montante inicial das *astreintes*. Não nos parece que a melhor hermenêutica seja pela conclusão de que a multa deva ser aplicada em montante suficiente "ou" (alternativamente) compatível com a obrigação, mas sim em montante suficiente e (cumulativamente) compatível.

⁶¹⁰Sobre a relação "valor da multa vs conteúdo econômico da obrigação", a lição de Arenhart: "a cominação em valor muito 'pequeno' para o devedor enseja a frustração da ameaça, porque o ganho do agente com a conduta certamente superará o seu prejuízo com o desembolso do valor da multa; no outro extremo, a fixação da valor astronômico inviabiliza a medida, quer porque o 'devedor' restará insolvente (não podendo pagar a multa), quer porque cria nele a expectativa de que a multa jamais será exigida, porque impossível" (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, página 194).

Entendemos ser importante destacar, em razão da confusão conceitual às vezes encontrada em uma ou outra lição doutrinária, que o conteúdo econômico da obrigação perseguida pelo credor deve servir apenas como um dos critérios balizadores para a fixação do valor inicial da *astreinte* e nunca, em hipótese alguma, como um aspecto limitador de seu montante - como, durante algum tempo, defendeu a jurisprudência⁶¹¹.

O que queremos dizer, com o precedente parágrafo, é que o montante da multa pode e, em certas circunstâncias, deve ultrapassar, mesmo inicialmente, o valor da prestação discutida em Juízo.

A possibilidade das *astreintes*, logo no momento de sua fixação, suplantarem a expressão econômica da obrigação perseguida se verifica precipuamente no campo das obrigações instantâneas⁶¹². Nesse tipo de obrigação, como, uma vez praticado o ato ou omitida a conduta, a prestação jurisdicional procurada se esvai (vez que o momento do inadimplemento não se protraí no tempo), a multa poderá ser aplicada, desde o início, em valor superior à prestação almejada. Em outras palavras: como a oportunidade de intimidação é única⁶¹³, o montante da multa pode, mesmo inicialmente, ser exasperado.

Excetuada, entretanto, a questão das obrigações instantâneas, o fato do valor inicial da multa a ser fixada poder (ou não) superar o *quantum* da prestação perseguida parece ter pouca aplicação prática - vez que o magistrado por certo não fixará, em uma *astreinte* que

⁶¹¹Citamos, como exemplo, o julgado abaixo:

"CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO.

I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa.

[...]

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, lhe dou provimento para reduzir o montante da multa diária para R\$ 100,00 (cem reais), limitando o seu total ao valor do automóvel, objeto da obrigação principal, compensadas eventuais importâncias já depositadas a título da aludida multa" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 947.466 - PR (2007/0098684-7), Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, votação unânime, j. 17.09.2009, DJe 13.10.2009).

Maiores detalhes sobre as justificativas utilizadas pela jurisprudência, em recente passado, para limitar o valor das *astreintes* ao conteúdo econômico da prestação inadimplida poderão ser colhidos no capítulo "VI.I.", item "3."

⁶¹²As obrigações que se protraem no tempo não podem, em regra, ser coativamente exigidas por intermédio de uma multa que, logo no começo, equivalha ao valor da prestação inadimplida. Como veremos no capítulo "VI.I.", isso não quer dizer que a somatória das multas incidentes dia a dia (ou semana a semana, hora a hora etc.) não possa, ao cabo do processo, atingir ou superar o montante da obrigação discutida em Juízo.

⁶¹³Ou seja, inexistente a possibilidade de aumento gradual da coerção - como ocorre com as obrigações que se protraem no tempo.

tenha periódica incidência⁶¹⁴, uma cominação que logo de início supere o valor da obrigação almejada.

Mantendo nossos olhos voltados à obrigação em si, sempre em busca de critérios que possam auxiliar o magistrado na difícil empreitada de atribuir um justo e eficaz valor inicial para a multa coercitiva, entendemos que não é apenas o conteúdo econômico da obrigação que deve ser levado em conta pelo juiz no momento da fixação do valor inicial da cominação. A relevância do bem jurídico em jogo também influirá, em nosso entender, no montante da *astreinte*.

A multa a ser imposta pelo magistrado a uma operadora de planos de saúde, instada em Juízo por um de seus beneficiários a autorizar a internação para a realização de uma cirurgia médica urgente (que vem sendo ilegalmente negada), certamente será alta, pois o bem em xeque é a vida⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Maioria dos casos verificados na prática forense.

⁶¹⁵ Encampando nosso entendimento - de que a relevância do bem jurídico em jogo também influirá no montante inicial das *astreintes*, Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. PESSOA IDOSA. HEPATITE C. INTERNAÇÃO HOSPITALAR DIA. NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MULTA COMINATÓRIA E LAPSO TEMPORAL FIXADOS CORRETAMENTE.

Havendo expressa ressalva médica de que a imediata utilização dos remédios prescritos visam a evitar o agravamento de doença crônica (Hepatite C), afastando-se o risco de futuro transplante hepático, o valor em que arbitrado a multa diária e o lapso exíguo para a integral concessão do tratamento determinado pelo Poder Judiciário, revelam-se razoáveis e compatíveis com as peculiaridades da lide. A fixação da *astreinte* e a imposição de um prazo visam justamente a compelir aquele que deve cumprir uma determinação judicial que o faça em um lapso temporal restrito, de modo que a vida da segurada não venha a perecer. A multa apenas alcançará valor vultoso em caso de recalcitrância do prestador de serviço. Conhecimento e negativa de seguimento ao recurso.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão de fls. 151/152, proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca da Capital, que, ao conceder em parte a antecipação de tutela, determinou que a administradora do plano de saúde providenciasse, no prazo de vinte e quatro horas, o serviço de 'ONE DAY CLINIC' no que tange apenas a um dos medicamentos recomendados ao tratamento da doença que acomete a Agravante (PEG INTERFERON), sob pena de multa diária de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Inconformado, o plano de saúde aduz que a multa foi fixada em patamar elevado, impondo-se, por outro lado, desarrazoado prazo para cumprimento da obrigação.

Não assiste razão ao Agravante.

[...]

Em seu favor, o recorrente cinge-se a impugnar a multa e o prazo estipulados para cumprimento da medida.

Sucedendo que o valor da multa cominatória é compatível com a gravidade do caso e com a urgência do tratamento, visando justamente a compelir aquele que deve cumprir uma determinação judicial que o faça em um lapso temporal restrito, de modo que o direito da outra parte não venha a perecer.

[...]

Diante do exposto, conheço o recurso e nego-lhe seguimento, mantendo-se hígida a decisão agravada" (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 0067648-75.2012.8.19.0000, Nona Câmara Cível, relator Desembargador Rogerio de Oliveira Souza, j. 06.12.2012). No mesmo sentido, ainda: BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 0057302-02.2011.8.19.0000, Décima-Nona Câmara Cível, relator Desembargador Ferdinando do Nascimento, j. 07.11.2012.

Cumulativamente ao conteúdo econômico da obrigação e à relevância do bem jurídico em disputa, deverá o julgador atentar, como terceiro critério para fixação do valor inicial das *astreintes*, à capacidade financeira do devedor - que será o real e mais palpável indicativo da capacidade de resistência do réu ao cumprimento da ordem judicial a ser exarada.

Como bem salienta Araken de Assis, o magistrado deverá dar especial atenção à capacidade econômico-financeira do devedor, pois "quanto mais rico" maior será "a magnitude da provável resistência"⁶¹⁶.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de endossar a lição doutrinária, expressamente consignando que a multa não pode ser coerentemente fixada sem que se leve em consideração a "força econômica do devedor"⁶¹⁷.

Interligando o primeiro critério (conteúdo econômico da obrigação) com o terceiro (capacidade financeira do devedor), a lição de Calmon de Passos:

Diante de tantas perguntas sem respostas ou de difícil resposta, inclino-me por entender que a multa precisa ser suficiente e compatível. Suficiente para induzir o devedor a adimplir, pelo que variará em função da capacidade econômica do devedor, mais do que em função da natureza da obrigação, mas essa correção não pode alcançar o excesso, devendo cingir-se ao compatível. Assim, dois são os critérios a ponderar: condição financeira do devedor e expressão econômica da obrigação ou algo de caráter não econômico que importe também em valor.⁶¹⁸

⁶¹⁶ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, página 498.

⁶¹⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 940.309 - MT (2007/077995-4), Terceira Turma, relator Ministro Sidnei Beneti, votação unânime, j. 11.05.2010, DJe 25.05.2010. Ainda no citado Acórdão se colhe o interessante excerto:

"[...] multa que só se torna meio efetivo de coerção, em se tratando de devedor de acentuada posse, no caso se [sic] ser realmente de valor elevado, porque, caso contrário, ficaria a seu critério satisfazer a obrigação ou pagar multa ínfima para a própria força econômica, nulificando-se, portanto, a coerção indireta e passando a zombar da cominação" (página 7 do voto condutor).

⁶¹⁸PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Forense: 1995, página 62. No mesmo sentido: FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 485.

Adicionaríamos aos três critérios acima indicados um quarto. Em nosso sentir, além do conteúdo econômico da prestação perseguida, da relevância do bem jurídico em jogo e da capacidade financeira do devedor (que, como abordado há pouco, indicará a resistência que ele poderá ofertar ao cumprimento do preceito judicial), deverá o juiz atentar às vantagens que o devedor poderia colher com o descumprimento do preceito judicial. Nesse sentido, o escólio de Guilherme Rizzo Amaral:

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

[...]

A magnitude da provável resistência resultará da combinação da capacidade patrimonial e do interesse - o que chamaremos de relação custo-benefício - na resistência do réu.⁶¹⁹

Os critérios sobre os quais discorreremos no presente tópico (expressão econômica da prestação, relevância do bem jurídico em disputa, capacidade financeira do devedor e possíveis vantagens que ele poderia colher com o descumprimento do preceito judicial) se assemelham - embora não haja uma perfeita coincidência - com os adotados pela doutrina francesa.

Como já assinalado no capítulo "IV.I.", os magistrados franceses levam em conta, ao fixarem o *quantum* inicial das *astreintes*: (i) a gravidade da conduta ou abstenção praticada pelo devedor renitente, (ii) os recursos financeiros do réu recalcitrante e (iii) a capacidade de sua resistência.

Vale a pena salientar, como nota final ao presente subcapítulo, que os critérios acima enumerados devem, segundo melhor doutrina, ser temperados com os "princípios da razoabilidade e da proporcionalidade", vez que estamos, como bem adverte Cândido

⁶¹⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 168.

Rangel Dinamarco, no campo da "jurisdição de equidade, no qual o juiz decide sem as limitações ordinariamente impostas em lei"⁶²⁰.

⁶²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, páginas 536 e 537.

VI.I. - TERMO A *QUO* E AD *QUEM* DA MULTA - EXISTE LIMITAÇÃO LEGAL OU PRINCIPIOLÓGICA PARA O MONTANTE FINAL DA MEDIDA COERCITIVA?

Estando devidamente enumerados os critérios que devem ser observados pelo magistrado na fixação do valor inicial das *astreintes* e estabelecido o fato de que a multa pode ser cominada em qualquer unidade de tempo (hora, dia, semana, mês), de forma fixa (caso de obrigações instantâneas) e até mesmo por evento/acontecimento, cumpre-nos, como subsequente passo do estudo, tratar dos termos *a quo* e *ad quem* do instituto, abordando, outrossim, a polêmica questão da suposta limitação do montante final da multa.

1. - O TERMO A *QUO*.

O §4º do artigo 461 do Código de Processo Civil estabelece, de forma clara, que o magistrado, ao acolher o pleito de tutela específica formulado pelo autor - seja em sede antecipatória, seja em provimento final -, deverá fixar "prazo razoável para o cumprimento do preceito". Segundo Asdrubal Nascimbeni, por "razoável" entende-se o prazo que não seja extremamente curto, o que poderia criar "enormes dificuldades para que o demandado cumpra a ordem de forma tempestiva", tampouco demasiadamente longo, o que poderia "tornar ineficaz a tutela dada ao demandante"⁶²¹.

Podemos aprofundar um pouco mais a idéia, propondo critérios mais objetivos: em nosso sentir, deve se entender por "razoável" o prazo que se amolde às características da obrigação que está sendo perseguida em Juízo, que atente ao bem jurídico colocado em xeque pelo descumprimento ocorrido (ou na iminência de ocorrer) e observe a eventual urgência da pretensão autoral.

Na hipótese de uma propaganda televisiva veiculada pela marca "A" que macule (dolosa ou culposamente) a imagem de uma marca concorrente "B", destaca-se a característica do ato violador, que é veiculado repetitivamente e em curtos espaços de tempo, demandando a expedição de uma ordem que surta imediatos efeitos (daí a razão do curto prazo a ser fixado para atendimento do comando judicial).

⁶²¹NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, páginas 157 e 158.

O acolhimento de um pleito de internação hospitalar para realização de cirurgia emergencial, por exemplo, deveria dar ensejo à emissão de preceito com reduzido prazo para cumprimento, tendo em conta (i) a relevância do bem jurídico em questão e (ii) a alta possibilidade de perecimento do direito disputado.

O deferimento de um pedido de conserto de automóvel defeituoso, realizado por um consumidor em desfavor de uma concessionária, por outro lado, poderia dar azo à expedição de uma ordem com prazo mais ampliado para atendimento, não só à vista das peculiaridades do bem em jogo e da obrigação de fazer almejada mas também em razão da ausência de urgência da providência reclamada⁶²².

A questão a ser explorada com mais vagar no presente capítulo, contudo, não diz respeito ao prazo fixado pelo magistrado para que a parte cumpra o preceito (esses prazos, de uma maneira geral, vêm sendo fixados com razoabilidade pelo Judiciário). A problemática a ser aqui abordada gira em torno do momento a partir do qual esse lapso começaria a fluir. Em outras palavras: quando se iniciaria o prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou dar consignada na decisão?

A jurisprudência ofertou, em um primeiro momento, díspares respostas à indagação. Enquanto alguns poucos julgados sustentavam que o prazo fixado na decisão judicial para cumprimento da tutela específica iniciar-se-ia com a intimação realizada na pessoa do advogado constituído nos autos, a maioria entendia que o aludido lapso temporal só começaria a fluir após a comunicação pessoal da própria parte⁶²³.

Debruçando-se sobre as divergentes soluções ofertadas, o Superior Tribunal de Justiça acabou optando por endossar a posição majoritariamente defendida, sedimentando

⁶²²Diverso seria o raciocínio, contudo, se o pedido de conserto fosse formulado por um taxista, vez que o veículo defeituoso é utilizado pelo profissional como ferramenta de trabalho e, portanto, meio de sustento.

⁶²³Segundo a majoritária corrente, a parte teria de ser pessoalmente comunicada da decisão que lhe determinasse a realização de um fazer, não fazer ou dar porque o seu patrono estaria apenas autorizado a receber comunicações referentes a questões processuais (e, no caso, a intimação diria respeito a uma obrigação de direito material). Nesse sentido Dinamarco: "[...] é imperioso que a intimação seja feita pessoalmente ao obrigado, não a seu patrono. Não se trata de intimar a praticar atos de postulação, que são privativos do advogado, mas atos que dependem da atuação pessoal da parte e são estranhos às atividades daquele (entregar, fazer, abster-se [...])" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, página 525).

entendimento de que o prazo começaria a fluir a partir da intimação pessoal da parte incumbida do desempenho do mister reclamado. A pacificação do tema acabou sendo consignada na Súmula n° 410 da referida Corte, *verbis*: "a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Ao contrário do que poderíamos inferir em uma rápida reflexão, a definição proposta pelo Superior Tribunal de Justiça não solucionou, na prática, o problema.

Ao aplicarem a regra contida na Súmula n° 410 aos casos concretos que lhes eram submetidos, as Cortes Estaduais e Federais começaram a divergir sobre quando se consideraria aperfeiçoada a intimação pessoal exigida pelo Superior Tribunal de Justiça. Estaria ela aperfeiçoada no exato momento em que a parte recebesse o mandado/carta de citação/intimação ou estaria ela aperfeiçoada apenas a partir da juntada da aludida carta/mandado aos autos processo? Ou seja, começaria o prazo estipulado pelo juiz a fluir do recebimento do mandado/carta pela parte ou a partir da juntada do ato comunicatório aos autos?

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro filiou-se à corrente que defendia a necessidade de se aguardar a juntada da carta/mandado aos autos - chegando, inclusive, a editar Súmula a respeito:

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

Tal posicionamento, em nosso sentir, não era o que melhor se adequava à técnica processual.

Em primeiro lugar, porque confundia prazo processual - que de fato só começa a fluir a partir da juntada, aos autos, dos atos comunicatórios⁶²⁴ - com prazo para cumprimento de obrigações materiais. Ao fazer com que o lapso temporal para cumprimento de uma obrigação material se processasse da mesma forma que um prazo

⁶²⁴Mandados/cartas de citação/intimação.

relacionado a um ato processual, o Tribunal fluminense acabava alargando, indevidamente, o âmbito de incidência dos artigos 184, §2º⁶²⁵, e 241⁶²⁶ do Código de Processo Civil⁶²⁷.

Em segundo lugar, porque admitido o posicionamento sumulado pela Corte do Rio de Janeiro, ficaria o credor da obrigação refém da burocracia judiciária, tendo o gozo de seu direito condicionado à prática de um ato de mero expediente (a "juntada") que pode, em razão do acúmulo de serviço existente em algumas Comarcas da nossa federação, durar semanas (ou até meses)⁶²⁸.

⁶²⁵Artigo 184 - Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

[...]

§2º - Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único)".

⁶²⁶Artigo 241 - Começa a correr o prazo:

I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento;

II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido;

III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido;

IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida;

V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz".

⁶²⁷Compartilhando do nosso entendimento, o escólio de Guilherme Amaral:

"As disposições dos artigos 184, §§1º e 2º, e 241 dizem respeito a prazos para a prática de atos processuais tais como a apresentação de defesa, recurso, provas etc. Já o cumprimento das obrigações, ainda que determinadas em decisões proferidas no processo, se dá fora deste, e independe do horário do expediente forense ou mesmo da abertura do fórum" (AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, ano 35, n. 182, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2010, página 189).

⁶²⁸A Súmula proposta pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro era tão destoante da realidade processual que os órgãos fracionários da própria Corte deixavam de aplicá-la. Nesse sentido:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ASTREINTE. INAPLICABILIDADE, NO CASO EM ESPÉCIE, DA SÚMULA 159 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CORRETA INTERPRETAÇÃO DO JUÍZO A QUO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

Neste diapasão, a seguradora agravante aduz a inconsistência da multa cobrada pela agravada, uma vez que as tutelas antecipadas foram cumpridas nos prazos estipulados pelo juízo, conforme dispõe a Súmula 159 deste Tribunal, *in verbis*:

Nº. 159 'O prazo para cumprimento da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou dar flui da data da juntada aos autos do mandado de intimação devidamente cumprido.' REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº. 001410157.2011.8.19.0000 - Julgamento em 22/11/2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.

No entanto, apesar da Súmula deste Tribunal, estabelecer que o prazo para cumprimento da tutela específica das obrigações impostas, inicia-se a contar da juntada do mandado de intimação, em situações dessa natureza, deve o Julgador agir na preservação da vida de um ser humano com a saúde extremamente fragilizada.

[...]

Sendo assim, a decisão recorrida está correta e deve prosperar por seus próprios fundamentos.

Isto posto, com amparo no Art. 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso" (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 0022880-64.2012.8.19.0000, Terceira Câmara Cível, relator Desembargador Sebastião Rugier Bolelli, j. 02.05.2012).

Embora em um primeiro momento alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça tivessem referendado o entendimento sumulado pelo Tribunal fluminense⁶²⁹, com o tempo - atenta às considerações acima tecidas -, a Corte Superior passou a, maciça e reiteradamente, refutar a posição defendida pelo Judiciário do Rio de Janeiro. Após muito refletir, a Corte responsável pelo controle nomofilático fixou entendimento de que o prazo estipulado na decisão judicial para cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer e dar começaria a fluir a partir do momento em que a parte recebesse o mandado/carta de citação/intimação, pouco importando a data de sua juntada aos autos:

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA RETIRADA DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - *ASTREINTES* - TUTELA DE URGÊNCIA EM QUE SE DETERMINOU SEU CUMPRIMENTO CINCO DIAS APÓS A INTIMAÇÃO (NO CASO DOS AUTOS, EFETIVADA POR MEIO DE CORREIO) - PRETENSÃO DE QUE O TERMO A *QUO* SE DESSE CINCO DIAS APÓS A JUNTADA DO AVISO DE RECEBIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE QUE SE AFASTA DO COMANDO JUDICIAL EM SI, BEM COMO DESCONSIDERA O CARÁTER DE URGÊNCIA DA DECISÃO - REDUÇÃO DO VALOR DAS *ASTREINTES* - IMPOSSIBILIDADE - ARBITRAMENTO DENTRO DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - RENITÊNCIA DO DEVEDOR - VERIFICAÇÃO - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

Conforme restou assente na decisão agravada, o ora recorrente estriba-se na alegação de que, em se tratando de intimação por meio do correio, o termo inicial para que a obrigação judicial se revelasse exigível seria, de acordo com o comando judicial, cinco dias a partir da juntada do aviso de recebimento aos autos, conforme preceitua o artigo 241, do CPC.

Efetivamente, tal exegese além de se distanciar dos termos da decisão que impôs a multa para o descumprimento da ordem judicial, não impugnada, é certo, no momento oportuno, desconsidera o caráter de urgência

⁶²⁹Como exemplo de julgado seguindo a Súmula do Tribunal do Rio: BRASIL, Recurso Especial (REsp) nº 879.253 - RS (2006/0186183-5), Segunda Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, votação unânime, j. 19.04.2007, DJe 23.05.2007.

intrínseca ao provimento judicial consistente na retirada do nome do recorrido nos órgãos de proteção ao crédito, bem como na vedação de sua reinserção.

Nos termos da decisão judicial exarada em sede liminar, a retirada do nome do ora recorrido nos órgãos de proteção ao crédito deveria se dar em cinco dias a partir da intimação, este entendido como sendo o ato processual que confere ciência à parte a cerca da decisão judicial.⁶³⁰

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MULTA DIÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRECEDENTES.

[...]

3. No caso de imposição de multa diária - *astreinte* -, o termo inicial para a incidência da cominação é a data da intimação pessoal do devedor para o cumprimento da obrigação de fazer. Precedentes.

[...]

Argumenta a União que o dies *a quo* para o cômputo dos dias-multa deve ser o da juntada do mandado de intimação aos autos e, não, conforme foi considerado pelo Exequente e confirmado nas instâncias ordinárias, a data em que restou formalizada a intimação pessoal do ente federativo.

[...]

Como se vê, a partir da leitura das razões de decidir do aresto recorrido acima transcritas, verifica-se que a conclusão a que chegou o Tribunal de origem está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual, no caso de imposição de multa diária - *astreinte* -, o termo inicial para incidência da cominação é o da intimação pessoal do devedor para a satisfação da obrigação de fazer e

⁶³⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.070.451 - RJ (2008/0146847-8), Terceira Turma, relator Ministro Massami Uyeda, votação unânime, j. 13.11.2012, DJe 28.11.2012.

não, como pretende fazer crer a ora Recorrente, o da juntada ao autos do mandado devidamente cumprido.⁶³¹

Nesse ponto, parecia, pois, que a questão toda em torno do termo inicial para cumprimento da ordem judicial estava, enfim, solucionada: o prazo iniciar-se-ia, sempre, a partir da data da entrega do mandado/carta à parte incumbida de realizar o dever de fazer, não fazer e dar (pouco importando, portanto, a data de sua respectiva juntada aos autos do processo).

Não demorou muito, contudo, para que esse consolidado quadro fosse novamente contestado, o que se deu com o ressurgimento⁶³² da questão em torno do destinatário da intimação.

Chamado a interpretar o lacônico artigo 475-J⁶³³, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232/2005⁶³⁴, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça chegou à conclusão que, em razão das mudanças estruturais realizadas no diploma processual pela aludida Lei, a parte havia passado a poder ser intimada, na pessoa de seu advogado, a realizar o pagamento da condenação fixada em sentença⁶³⁵.

⁶³¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 1.098.495 - RS (2008/0226008-3), Quinta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, votação unânime, j. 27.03.2012, DJe 03.04.2012.

⁶³²Lembrando que a questão atinente ao destinatário da intimação (se a própria parte ou seu respectivo advogado) havia sido um dos primeiros pontos polêmicos abordado (e sedimentado) pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁶³³"Artigo 475-J - Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

⁶³⁴Lei que, entre outros, eliminou do Código o processo de execução de título judicial, instituindo o processo sincrético.

⁶³⁵Eis a ementa do Acórdão que firmou o entendimento de que a parte poderia ser intimada a realizar uma obrigação material por intermédio de seu advogado:

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

[...]

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

[...]" (BRASIL, Recurso Especial (REsp) nº 940.274 - MS (2007/0077946-1), Corte Especial, relator originário Ministro Humberto Gomes de Barros, relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, maioria de votos, j. 07.04.2010, DJe 31.05.2010).

Ou seja, segundo novíssimo entendimento proposto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, não seria mais necessário que a parte fosse pessoalmente intimada a realizar o pagamento da quantia fixada em sentença condenatória: a intimação dar-se-ia na pessoa de seu patrono, nos termos do quanto disposto no recém-introduzido artigo 475-J do Código de Processo Civil.

A fixação desse novo entendimento jurisprudencial deu azo a um pertinente questionamento doutrinário: se no âmbito do processo tendente a uma tutela condenatória o devedor poderia ser instado, na pessoa de seu procurador, a realizar uma obrigação de direito material (obrigação de pagar), por que tal entendimento não poderia ser estendido ao processo tendente a uma tutela mandamental (que veicula uma obrigação de fazer, não fazer ou dar)? Dito de outra forma: superado, no âmbito da tutela condenatória, o dogma de que a parte não poderia ser intimada por intermédio de seu mandatário a realizar uma obrigação de direito material, haveria razão para que esse mesmo dogma fosse mantido nos processos submetidos às regras dos artigos 461 e 461-A?

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça manteve-se irredutível no entendimento de que seria imprescindível a intimação pessoal da parte.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça foi instada a responder esse questionamento em sede de Embargos de Divergência (recurso nº 857.758) no final do ano de 2011. Contrapondo-se à Súmula (de nº 410) editada pelo próprio Tribunal e indo de encontro aos reiterados julgados da Primeira Seção⁶³⁶, os Ministros da Segunda Seção decidiram que o patrono constituído nos autos poderia, sim - à vista das recentes modificações do Código de Processo Civil -, ser intimado a respeito de uma dada obrigação de fazer, não fazer e dar imposta em desfavor de seu mandante. Eis o inovador Acórdão:

⁶³⁶Que, como vimos acima, não alterou seu entendimento sobre o tema mesmo após a alteração legislativa (Lei nº 11.232/2005). Para demonstrar que Primeira Seção continuou refutando a possibilidade da parte ser intimada por intermédio de seu advogado, citamos (exemplificativamente): (i) Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1251059 - MG (2011/0076360-7), Segunda Turma, relator Ministro Humberto Martins, votação unânime, j. 16.10.2012, DJe 25.10.2012 e (ii) Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no AgRg no REsp) nº 1.308.518 - RS (2012/0038825-6), Segunda Turma, relator Ministro Humberto Martins, votação unânime, j. 25.09.2012, DJe 02.10/2012.

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE APRECIA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER. *ASTREINTES*. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.

[...]

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

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

após: (i) a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca do resultado final da ação ou acerca da execução provisória; e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação.

4. Embargos de divergência providos.⁶³⁷

Em nosso sentir, a Segunda Seção do Superior Tribunal aplicou, no aresto em questão, correta solução ao tema. Em verdade, nunca havíamos de fato compreendido porque a intimação da parte não poderia ser realizada na pessoa do advogado quando o ato a ser comunicado se referisse a uma obrigação material. Em nossa opinião, veiculasse obrigação material ou processual, as intimações deveriam ser sempre realizadas na pessoa do patrono, que representa a parte em Juízo.

Com efeito, nunca fez muito sentido que o advogado tivesse o "poder" (ou "encargo") de ser intimado de importantíssimos atos do processo (que poderiam acarretar gravíssimas consequências fáticas para seu constituinte⁶³⁸), mas não o tivesse para aqueles que veiculassem uma obrigação material (como a intimação para pagar quantia ao final do processo condenatório ou para desempenhar uma obrigação de fazer ao cabo de um processo mandamental).

Enfim, a recente orientação da Segunda Seção, além de acertar uma antiga diferenciação que, em nosso sentir, não encontrava razão de ser, ainda acabou contribuindo para um processo mais célere⁶³⁹. Diz-se que acabou contribuindo para um processo mais célere porque, não sendo mais necessária a intimação pessoal da parte - pelo menos segundo os Ministros da Segunda Seção -, subtraiu-se do feito o tempo antigamente despendido com (i) confecção e expedição de mandados/cartas, (ii) designação de oficial de justiça (no caso de mandado) ou remessa da documentação ao correio (no caso de carta)

⁶³⁷BRASIL, Embargos de Divergência em Agravo (EAg) n° 857.758 - RS (2010/0010160-5), Segunda Seção, relatora Ministra Nancy Andrighi, votação unânime, j. 23.02.2011, DJe 25.08.2011.

⁶³⁸No processo civil, por exemplo, a intimação da sentença ou do Acórdão sempre se deu na pessoa do advogado, sendo certo que a não interposição do competente recurso, no prazo estipulado por lei, acarretaria (como, de fato, acarreta) o trânsito em julgado do provimento eventualmente desfavorável ao seu cliente. Embora a consequência do ato de intimação pudesse ser gravíssima para o cliente em caso de desídia do patrono, nunca se ponderou que essa específica intimação, por exemplo, devesse ser realizada pessoalmente à parte. Porque, então, a intimação que veiculasse obrigação de direito material deveria ser realizada imprescindivelmente na pessoa do devedor?

⁶³⁹Dando, pois, efetividade ao direito previsto no inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição Federal.

e (iii) realização de diligências pelo oficial de justiça ou pelo carteiro para a efetivação do ato comunicatório⁶⁴⁰.

A despeito dos encômios que merece, o julgado deve ser criticado por não abordar importantes aspectos que cercam o tema. Com efeito, duas ressalvas merecem ser feitas antes de podermos traçar um quadro definitivo da questão.

Em primeiro lugar (e embora o Acórdão não tenha destacado tal fato), haverá ainda a necessidade da parte ser pessoalmente intimada quando a decisão determinando o desempenho de um tutela específica for prolatada antes de sua citação (pois nesse caso ela ainda não terá advogado constituído nos autos). Essa observação, apesar de sua obviedade, deve ser aqui registrada porque tal circunstância se verificará na grande maioria dos casos em que as obrigações de fazer, não fazer e dar forem impostas por decisão antecipatória de tutela (que, como bem sabemos, geralmente é prolatada *initio litis* e *inaudita altera pars*). Corroborando a pertinência de nossa observação, a lição de Cássio Scarpinella Bueno sobre o tema:

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

[...]

Na hipótese inversa, em que o destinatário da ordem não tem advogado constituído (assim, por exemplo, nos casos em que a determinação é concedida liminarmente com base no art. 461, §3º, ou em que, por qualquer razão, não há ainda ou mais [sic] advogado constituído nos autos), é irrecusável que a intimação seja feita diretamente na pessoa do executado [...].⁶⁴¹

Em segundo lugar, ainda subsistirá a necessidade da parte ser pessoalmente intimada quando ela estiver sendo representada por advogado dativo ou pela Defensoria Pública. A dificuldade (às vezes efetiva inexistência) de contato direto entre o

⁶⁴⁰Lembrando que o devedor contumaz sempre encontrava um meio de se esquivar ao recebimento da intimação/citação pessoal, postergando, às vezes por considerável período de tempo, o andamento do feito.

⁶⁴¹BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** - tutela jurisdicional executiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, página 423.

jurisdicionado e o advogado dativo e o assistido e o defensor público aliada à ausência de um relacionamento pessoal entre representante/representado recomenda que a intimação, nesses casos, ainda permaneça sendo feita pessoalmente à parte.

Em conclusão, hoje temos dois divergentes posicionamentos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Para a Segunda Seção, o prazo estipulado pelo Juízo para o cumprimento do dever de fazer, não fazer ou dar ora poderá se iniciar a partir da intimação do advogado (via Diário Oficial ou DJe) ora a partir da comunicação pessoal à parte (via carta/mandado⁶⁴²), tudo a depender do caso concreto⁶⁴³. Em síntese: se a parte possuir patrono constituído nos autos, a intimação será realizada na pessoa do aludido mandatário; inexistindo representante nomeado ou sendo o profissional um advogado dativo ou membro da Defensoria Pública, a comunicação terá de ser realizada pessoalmente.

Já para a Primeira Seção, o prazo começará a fluir, sempre (sem exceção), a partir da intimação pessoal da parte (de acordo com o quanto consignado na Súmula n° 410).

Traçados os contornos da atual divergência jurisprudencial em torno do momento em que se iniciaria a fluência do prazo para cumprimento do preceito judicial, a identificação do termo inicial de incidência da multa coercitiva pelo seu descumprimento se descortina empreitada de fácil solução.

A multa coercitiva começará a incidir no instante seguinte ao escoamento do prazo assinado pelo juiz para o desempenho da obrigação de fazer, não fazer ou dar. Se a parte dispuser de três dias para o cumprimento do preceito, a partir do quarto dia começará a fluir a multa (pouco importando, nesse caso, se esse quarto dia cair em feriado ou final de semana⁶⁴⁴). Se ela dispuser de uma hora para cumprir a obrigação cominada, a partir da segunda hora começará a correr a *astreinte*.

⁶⁴²Jamais sendo necessário, nessa hipótese, ter de se aguardar a juntada do respectivo ato comunicatório aos autos do processo. Ou seja, o prazo fixado pelo magistrado para o cumprimento da obrigação imposta iniciar-se-á, em caso de intimação pessoal, da data da entrega da carta/mandado à parte.

⁶⁴³Entendimento do qual partilhamos.

⁶⁴⁴É claro que, devendo o cumprimento da obrigação se dar necessariamente em dia útil (por depender, por exemplo, do horário de funcionamento de estabelecimentos como bancos ou cartórios), caso o término do prazo se dê em dia não útil, deverá ser prorrogado para o primeiro dia útil subsequente" (AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 146).

2. - O TERMO AD QUEM.

Fixado no precedente subcapítulo o termo inicial das *astreintes*, devemos agora, por coerência científica, examinar seu termo final.

Até que momento incidiria a multa cominada? Essa a indagação a ser agora respondida.

São quatro as hipóteses a serem examinadas.

Idealmente, e como primeira hipótese, o termo final da *astreinte* estaria relacionado ao momento do cumprimento do preceito cominado. Desempenhada a obrigação determinada pelo magistrado, ocorreria, no mesmo instante, a cessação da incidência da multa⁶⁴⁵.

Como segunda hipótese, a coerção incidiria até o momento em que a prestação se tornasse material ou juridicamente inviável de ser realizada⁶⁴⁶. Tornando-se impossibilitada a realização do fazer, não fazer ou dar, cessaria (como, de fato, cessa) a incidência da *astreinte*⁶⁴⁷. A explicação para essa relação causa-efeito (impossibilidade superveniente do desempenho da obrigação-cessação da multa) é lógica: as *astreintes* atuam sobre a vontade do devedor, incentivando-o a cumprir o dever inadimplido; a partir do momento que a obrigação descumprida não pode mais ser realizada (porque se tornou impossível de ser desempenhada) a multa perde sua razão de ser, deixando de incidir⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵O fato da multa ter encontrado seu termo final em razão do devedor ter cumprido a obrigação perseguida em Juízo não quer dizer que a *astreinte* até então incidente deva ser desconsiderada. Pelo contrário, o período de inadimplemento será apurado e a multa será (a critério do credor) exigida do devedor renitente.

⁶⁴⁶Dinamarco elenca, em sua obra, exemplos de impossibilidades físicas (que, no texto acima, denominamos de materiais): "há impossibilidade física de executar de modo específico quando o sujeito obrigado a uma fazer personalíssimo houver falecido (como é o caso do reverenciadíssimo Luciano Pavarotti) ou perdido a capacidade com que antes cantava (o cantor perdeu a voz), ou quando a coisa devida houver sido furtada, perdida ou tão deteriorada que já não sirva aos propósitos daquele que tinha direito a ela [...]" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, páginas 516 e 517).

⁶⁴⁷Como bem salienta Talamini: "[...] a constatação da impossibilidade do cumprimento específico independe de pedido do autor. No curso do processo, tornando-se impossível a 'tutela específica', o juiz, de ofício, fará cessar a multa (sem, no entanto, deixar de observar o contraditório)" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 255).

⁶⁴⁸Obviamente o devedor arcará com o montante resultante do período em que a multa começou a incidir até o momento em que a prestação se tornou material ou juridicamente impossível de ser realizada.

Como terceira hipótese, a multa incidiria até o momento em que o autor solicitasse, ao Juízo, a adoção de outros meios sub-rogatórios (sejam as medidas arroladas no §5º do artigo 461⁶⁴⁹, sejam as elencadas no Livro II, Capítulos II e III, do Código de Processo Civil⁶⁵⁰). Tendo em conta o fato de que as medidas sub-rogatórias podem, por vezes, ser utilizadas cumulativamente à técnica das *astreintes*⁶⁵¹, revela-se importante ressaltar que a multa deixará de incidir apenas se as medidas acima identificadas forem adotadas em completa substituição à coerção (é o que ocorre, por exemplo, quando o credor opta pela realização do fato por terceiro - artigo 634 do Código de Ritos⁶⁵²).

Como quarta e última hipótese, a multa encontraria seu termo final quando o credor solicitasse, ao magistrado, a conversão do feito em perdas e danos. Havendo uma verdadeira "retificação de rota"⁶⁵³ (leia-se: troca da tutela específica pela tutela do substitutivo pecuniário), inexistiria razão para que a *astreinte* continuasse incidindo.

Barbosa Moreira não concorda com o termo *ad quem* indicado no precedente parágrafo. Para o autor, a multa continuaria a incidir até que o credor embolsasse o "respectivo *quantum*, como equivalente pecuniário da prestação originariamente devida"⁶⁵⁴.

Sem razão, contudo. Medida acessória que é, a *astreinte* deixa de incidir no exato momento em que a tutela específica (principal) deixa de ser procurada pelo credor⁶⁵⁵. Em nosso sentir, não há como se admitir que a multa continue incidindo quando não há mais

⁶⁴⁹Busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, entre outras (a expressão "entre outras" tem significativo sentido, pois as medidas arroladas no §5º do artigo 461 do Código Buzaid são meramente exemplificativas).

⁶⁵⁰Dentre as quais se destaca, por exemplo, a realização do fato por terceiro (artigo 634 do diploma processual).

⁶⁵¹Como destacamos no capítulo "III.", quando tratamos da classificação dos provimentos.

⁶⁵²"Artigo 634 - Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exequente, decidir que aquele o realize à custa do executado".

⁶⁵³Expressão cunhada com perspicácia por DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, página 518.

⁶⁵⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 208.

⁶⁵⁵E a tutela específica não estará mais sendo procurada pelo credor a partir do momento em que ele formular o pedido de conversão em perdas e danos.

obrigação de fazer, não fazer ou entregar a ser desempenhada⁶⁵⁶. Para endossar a posição defendida por Barbosa Moreira, teríamos não só que admitir a incidência das *astreintes* em obrigações de pagar quantia⁶⁵⁷, mas também desvincular a multa coercitiva da tutela específica e negar sua incontestável característica acessória, o que não nos parece possível diante das considerações traçadas ao longo do presente estudo.

Exceção feita à particular posição do mestre Barbosa Moreira quanto ao termo final das *astreintes* no caso de superveniente pedido de conversão em perdas e danos, a jurisprudência vem admitindo, com certa tranquilidade, os quatro termos *ad quem* acima elencados:

[...] se a obrigação é de fazer ou não fazer, a multa diária deixa de correr, assim que o devedor cumpre aquilo que foi ordenado. A multa também deixa de correr se e quando o credor requer a conversão da obrigação em perdas e danos, ou tornar-se impossível o cumprimento da obrigação específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.⁶⁵⁸

Agora - e essa é a questão mais intrigante do presente subcapítulo - e se o réu não cumprir a obrigação, a prestação não se tornar material ou juridicamente inviável de ser realizada e não forem formulados pedidos de conversão em perdas e danos ou de adoção de outros meios sub-rogatórios por parte do credor? A multa incidiria indefinidamente? Seria correta a lição de Araken de Assis, para quem, nesse caso, não haveria *dies ad quem*, a multa seria "infinita"⁶⁵⁹?

⁶⁵⁶Corroborando a nossa opinião, escólio de Humberto Theodor Júnior: "uma vez evidenciado que não há mais como exigir-se a prestação *in natura*, não terá como se prosseguir na imposição da pena diária. Não tem sentido, por exemplo, insistir na sua aplicação enquanto não forem pagas as perdas e danos. Se a obrigação se converter em perdas e danos, já não há mais razão para praticar um expediente sub-rogatório cuja existência pressupõe a exigibilidade *in natura* da obrigação de fazer. *In casu*, o devedor permanecerá responsável pelas *astreintes* vencidas até quando se constatou a inviabilidade do prosseguimento da execução específica" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, página 27).

⁶⁵⁷O que não pode ser admitido pelas razões expostas no capítulo "V.", item "5."

⁶⁵⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 1.213.061 - RS (2010/0176592-1), Quinta Turma, relator Ministro Gilson Dipp, votação unânime, j. 17.02.2011, DJe 09.03.2011.

⁶⁵⁹"Não há *dies ad quem*, a multa é infinita, vencerá dia a dia e seu curso somente se interromperá na ocasião do cumprimento e, querendo-o o credor, com pedido de liquidação das perdas e danos" (ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, página 408).

A hipótese, salvo melhor juízo, dificilmente será verificada na prática⁶⁶⁰. O credor interessado na obtenção da obrigação inadimplida certamente não permanecerá inerte diante da persistente recalcitrância do devedor. Ele tentará, por exemplo, obter o aumento da *astreinte* inicialmente fixada (buscando, com isso, torná-la ainda mais intimidatória); iniciará a execução da multa acumulada durante o tempo de renitência do devedor (tornando mais "real", com tal proceder, a coerção até então potencial); pleiteará a realização de medidas sub-rogatórias (sejam as arroladas no §5º do artigo 461, sejam as dispostas no Livro II, Capítulos II e III, do Código de Processo Civil) ou, derradeiramente, conformar-se-á com a impossibilidade de obter a tutela específica⁶⁶¹ e pleiteará a conversão em perdas e danos.

Com as considerações desenvolvidas no precedente parágrafo pretendemos transmitir a impressão de que, em nossa opinião, a indagação acima formulada desperta mais interesse acadêmico do que prático. E, academicamente falando, a posição do professor Araken de Assis (de ser "infinda" a incidência da multa, excetuadas as quatro hipóteses enumeradas no início do subcapítulo) vem corroborada por Humberto Theodoro Júnior⁶⁶² e Eduardo Talamini, para quem:

[...] não parece correto afirmar que a simples insistência do réu em descumprir baste para impor a cessação da incidência da multa. Em princípio, a multa deverá continuar a incidir. Não advindo insolvência do réu, ou outro elemento que a torne inadequada, não há o que obste sua aplicação. Fazê-la cessar seria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de 'enriquecimento sem causa' gerada pela incidência ilimitada da multa.⁶⁶³

A opinião acima transcrita é antagonizada por Vicente Greco Filho⁶⁶⁴ e Marcelo Lima Guerra⁶⁶⁵, para os quais a incidência indefinida da multa não poderia ser admitida.

⁶⁶⁰Tanto que não temos notícia de jurisprudência tratando dessa específica questão.

⁶⁶¹Ou resultado prático equivalente.

⁶⁶²THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, página 28.

⁶⁶³TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 257.

⁶⁶⁴GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III, página 69.

⁶⁶⁵GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, página 190.

Para os citados autores, incumbiria ao magistrado identificar, no caso concreto, o momento a partir do qual a *astreinte* teria se tornado "infrutífera"⁶⁶⁶ e, então, determinar, de ofício, a conversão do feito em perdas e danos⁶⁶⁷.

A grande dificuldade, na solução proposta por Vicente Greco e Marcelo Lima Guerra, seria conseguir identificar, no caso concreto, exatamente a partir de qual momento a multa teria se tornado "infrutífera", ou seja, a partir de quando teria o réu deixado de se sentir intimidado pelas *astreintes*. Em tese, não tendo ele cumprido a determinação por todo o prazo de incidência da multa, a coerção não teria sido "infrutífera" desde sua inicial fixação? Seria esse o termo *ad quem*?

Outra questão polêmica (existente apenas na lição de Vicente Greco): seria lícito ao magistrado converter o feito, de ofício, em perdas e danos⁶⁶⁸? O questionamento se faz não só em razão do quanto disposto no artigo 461, §1^o⁶⁶⁹, mas também em razão dos artigos 459⁶⁷⁰ e 460⁶⁷¹ do Código de Processo Civil (que tratam do princípio da congruência).

Em nosso sentir, a incidência infinda da multa (proposta, entre outros, por Araken de Assis, Eduardo Talamini e Humberto Theodoro Júnior) não nos parece ser a melhor solução. Também não nos parece ser correto impor, *ex officio*, a conversão do feito em perdas e danos (proposta de Vicente Greco). Em suma, nos posicionaríamos no meio termo entre as duas correntes, entendendo ser correta a interrupção da incidência das *astreintes*⁶⁷², sem, no entanto, admitir que essa interrupção pudesse dar ensejo à conversão do feito em perdas e danos.

⁶⁶⁶O termo destacado é utilizado especificamente por Vicente Greco Filho (*in Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III).

⁶⁶⁷A conversão *ex officio* do feito é proposta apenas por Vicente Greco Filho.

⁶⁶⁸Para Livia Cipriano Dal Piaz, por exemplo, seria "vedado ao juiz a conversão *ex officio*, ainda que alegue a regra que disciplina que a execução deve correr de forma menos gravosa ao executado" (PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. *Revista Jurídica*, ano 53, n. 328, Porto Alegre: Notadez, fev. 2005, página 71).

⁶⁶⁹Que expressamente dispõe que a ação tendente a uma tutela específica apenas se converterá em perdas e danos a pedido do credor ou em razão de impossibilidade superveniente.

⁶⁷⁰"Artigo 459 - O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, o juiz decidirá de forma concisa".

⁶⁷¹"Artigo 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

⁶⁷²O grande desafio, aqui, seria identificar o exato momento dessa interrupção (não seria empreitada de fácil solução para o magistrado, em um caso concreto, indicar a partir de quando, exatamente, a multa teria deixado de exercer seu papel intimidativo).

3. - EXISTE LIMITAÇÃO LEGAL OU PRINCIPOLÓGICA PARA O MONTANTE FINAL DA MULTA QUE INCIDE PERIODICAMENTE?

A existência/inexistência de limites (legais ou principiológicos) para o montante final a ser eventualmente alcançado pelas *astreintes* em razão de sua reiterada incidência⁶⁷³ ensejou divergente posicionamento jurisprudencial.

Se o precedente Código de Processo Civil (de 1939) havia primado pela clareza, dispondo, de forma expressa, em seu artigo 1.005, que o valor da multa (nas cominatórias) não poderia ultrapassar o montante da obrigação, o atual diploma não trilhou - com acerto - semelhante caminho.

O Código Buzaid, mesmo após as reformas operadas pelas Leis n° 8.952/1994, 8.953/1994 e 10.444/2002, olvidou-se de disciplinar até "onde" (em termos quantitativos) a medida coercitiva poderia - em razão de sua periódica incidência - chegar.

Ao invés de interpretar a ausência de expressa regra sobre o valor final das *astreintes* como indicativo de que inexistiria, ao olhos do legislador reformista, uma limitação apriorística do montante final a ser alcançado pela multa periódica, a jurisprudência, não se sabe se por um velado apego à antiga disposição legal⁶⁷⁴ ou simplesmente por não ter compreendido muito bem a natureza do instituto importado do direito francês, começou a procurar justificativas para limitar o *quantum* final da coerção.

Em um primeiro momento, os Tribunais de segundo grau restringiram o montante derradeiro da multa periódica com base em um equivocadíssimo paralelo traçado com a cláusula penal⁶⁷⁵. Estendendo a regra do artigo 920 do Código Civil⁶⁷⁶ (de 1916⁶⁷⁷) à

⁶⁷³Ao utilizarmos a locução "reiterada incidência" deixamos claro que estaremos a nos referir, no presente subcapítulo, à multa incidente sobre as obrigações que se protraem no tempo. A questão sobre a existência de limites legais ou principiológicos para a multa incidente aos deveres instantâneos (cujo adimplemento/inadimplemento se dá em momento único) foi abordada no capítulo "VI.", item "2." - no citado capítulo concluímos que, como nas obrigações instantâneas a oportunidade de intimidação é única, o montante da multa pode, mesmo inicialmente, ultrapassar o valor da prestação.

⁶⁷⁴Referimo-nos, aqui, ao artigo 1.005 do Código de 1939 (acima citado).

⁶⁷⁵Cláusula penal que, à época em que se iniciou a polêmica sobre a limitação do montante final das *astreintes*, já era limitada, por expressa disposição legal, ao valor da "obrigação principal" (artigo 920 do Código Civil de 1916). O atual diploma (Código Civil de 2002) conserva regramento idêntico no artigo 412.

⁶⁷⁶"Artigo 920 - O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal" (Código Civil de 1916).

⁶⁷⁷Diploma vigente à época.

astreinte, sob a escusa de que os institutos (multa processual e cláusula penal) seriam similares⁶⁷⁸, o Judiciário começou a limitar o valor final da medida coercitiva ao equivalente econômico da obrigação perseguida em Juízo. Tal posição chegou a ser referendada, inclusive, pela Corte Superior:

Processo Civil. Ação Cominatória. Execução. Pena pecuniária. CPC, arts. 287, 644/645. Enriquecimento indevido. Limitação. CC, arts. 920 e 924. Hermenêutica. Recurso inacolhido.

I - O objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às 'astreintes' do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao Direito repugna.

II - É de índole do sistema processual que, inviabilizada a execução específica, esta se converterá em execução por quantia certa, respondendo o devedor por perdas e danos, razão pela qual aplicáveis os princípios que norteiam os arts. 920 e 924 do Código Civil.

III - A lei, que deve ser entendida em termos hábeis e inteligentes, deve igualmente merecer do julgador interpretação sistemática e fundada na lógica do razoável [...].⁶⁷⁹

Percebendo, com as reiteradas lições doutrinárias escritas no decorrer do tempo, que as *astreintes* não possuíam qualquer espécie de semelhança com a cláusula penal⁶⁸⁰, a jurisprudência abandonou o indevido cotejo e a equivocada solução encontrada.

⁶⁷⁸ Premissa equivocadíssima.

⁶⁷⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 13.416 - RJ (1991/0015826-7), Quarta Turma, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, votação unânime, j. 17.03.1992, DJ 13.04.1992. No mesmo sentido, julgado encontrado na RT 591/234.

⁶⁸⁰ A *astreinte* não se assemelha, em nenhum aspecto, à cláusula penal. Enquanto a multa coercitiva é medida processual, a cláusula penal é instituto de direito material; enquanto aquela tem declarado escopo coercitivo, esta possui objetivo indenizatório ou sancionador, a depender da hipótese (referimo-nos, respectivamente, à "cláusula penal estipulada para o caso de total inadimplemento da obrigação" e à "cláusula penal moratória"); enquanto a *astreinte* possui natureza pública (pois é fixada pelo magistrado em Juízo), a cláusula penal possui natureza eminentemente privada (sendo negociada pelas partes quando da realização do negócio jurídico). Corroborando a diferenciação aqui proposta, a posição do Ministro Sidnei Beneti:

"Quanto à invocação do art. 950 [sic] do Cód Civil/1916, o qual estipula que o valor da multa da cláusula penal não pode ser superior ao da obrigação principal, atente-se a que realmente assim é, mas no plano da celebração contratual das obrigações, não podendo essa regra de direito contratual transmigrar para o instituto de Direito Público processual da '*astreinte*' processual, que possui natureza jurídica de meio de coerção indireta extremamente útil a desincentivar o devedor renitente do descumprimento do julgado" (BRASIL, Recurso Especial (REsp) nº 940.309 - MT (2007/077995-4), Terceira Turma, relator Ministro Sidnei Beneti, votação unânime, j. 11.05.2010, DJe 25.05.2010 - na parte destacada o Ministro obviamente queria se referir ao artigo 920 do Código Civil de 1916).

O errôneo paralelo traçado entre multa coercitiva e cláusula penal não foi, contudo, a única justificativa invocada pela jurisprudência (ao longo desses últimos anos) para limitar, quantitativamente, as *astreintes*.

Logo após a corrente que preconizava o paralelo "multa coercitiva x cláusula penal" ter esmaecido⁶⁸¹, os Tribunais passaram a sustentar que a ausência de limitação (no tocante ao *quantum* final da coerção periódica⁶⁸²) poderia dar ensejo ao enriquecimento sem causa do autor/credor.

Para evitar que o autor obtivesse, via *astreintes*, provimento que lhe entregasse um valor superior ao da própria obrigação inadimplida (o que caracterizaria, segundo a jurisprudência em formação, o tal enriquecimento sem causa) e partindo do tímido indicativo constante do 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil (que dispunha que a *astreinte* pode ser fixada se for "suficiente ou compatível com a obrigação"⁶⁸³), as Cortes voltaram a limitar o montante derradeiro da multa ao valor da prestação perseguida em Juízo.

Ou seja, substituíram-se os argumentos, mas o resultado final (em termos jurisprudenciais) continuou sendo o mesmo: o *quantum* final alcançado pela reiterada incidência das *astreintes* não poderia ultrapassar o valor da obrigação inadimplida. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

⁶⁸¹Para verificação dos argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para renovar sua jurisprudência (rechaçando o paralelo "multa coercitiva/cláusula penal"), indicamos os Acórdãos lavrados nos autos dos seguintes recursos: (i) BRASIL, Recurso Especial (REsp) nº 169.057-RS (1998/0022257-0), Quarta Turma, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, votação unânime, j. 01.06.1999, DJ 16.08.1999 e (ii) BRASIL, Recurso Especial (REsp) nº 196.262-RJ (1998/0087490-9), Terceira Turma, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, votação unânime, j. 06.12.1999, DJ 11.09.2000.

⁶⁸²Voltamos a ressaltar, com a utilização do adjetivo "periódica", que estamos a tratar, no presente capítulo, apenas das multas que incidem repetidamente (dia após dia, hora após hora, mês após mês). Todas as referências doravante feitas às *astreintes* deverão ser entendidas, pois, nesse contexto.

⁶⁸³Referido indicativo serve, na verdade, apenas como um balizador do valor inicial da multa - e não como referencial do valor final da coerção (como tivemos a oportunidade de explorar no capítulo "VI.", item "2.").

LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO.

I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa.

II. - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.⁶⁸⁴

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO (APRESENTADOS PELA CEF). REDUÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA.

[...]

2. Não obstante seja possível a fixação de multa diária cominatória (astreintes), em caso de descumprimento de obrigação de fazer, não é razoável que o valor consolidado da multa seja muito maior do que o valor da condenação principal, sob pena de enriquecimento ilícito, o qual é expressamente vedado pelo art. 884 do CC/2002.

[...]

4. Assim, em situações excepcionais, a jurisprudência desta Corte admite a redução da multa diária cominatória tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito.

5. Na hipótese, impõe-se a reforma do acórdão recorrido, para reduzir o montante da multa diária cominatória, fixando-o no mesmo valor da obrigação principal.

6. Recurso especial provido.⁶⁸⁵

Essa "segunda corrente", que atrela o *quantum* final da multa ao valor da obrigação posta em Juízo para evitar um suposto enriquecimento sem causa (e que ainda encontra eco na atual jurisprudência), deve também ser rechaçada. Meio coercitivo⁶⁸⁶ que é, não pode a *astreinte* ficar atrelada ao montante da obrigação perseguida, sob pena de sua total desnaturação.

⁶⁸⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 947.466 - PR (2007/0098684-7), Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, votação unânime, j. 17.09.2009, DJe 13.10.2009.

⁶⁸⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 998.481 - RJ (2007/0234256-9), Primeira Turma, relatora Ministra Denise Arruda, votação unânime, j. 03.12.2009, DJe 11.12.2009.

⁶⁸⁶Sobre a natureza e função das *astreintes*, vide capítulo "V."

Não se pode negar que, se o jurisdicionado recalcitrante souber, de antemão, que a sua recusa em cumprir uma certa obrigação será coercitivamente exigida por intermédio de uma multa que não ultrapassará o equivalente monetário da prestação inadimplida, ele terá muito pouco (ou quase nenhum) incentivo para cumprir o desiderato. A prévia ciência da limitação do meio coercitivo retira, sem dúvida, muito do poder intimidativo das *astreintes*.

Em outras palavras: cômico de que terá de arcar com uma multa que, no máximo, poderá se igualar ao montante da prestação, o devedor poderá "fazer as contas" e decidir se "vale a pena" adimplir ou se a manutenção da recalcitrância se apresenta como "melhor negócio". Não é por outra razão, senão essa (desnaturação do instituto), que a doutrina tem se posicionado, maciçamente, contra a vinculação da medida coercitiva ao valor da obrigação. Citamos Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior e Paulo Henrique dos Santos Lucon como representantes de uma longa lista de processualistas:

[...] à semelhança do que se dá nas *astreintes* do direito francês, fonte inspiradora do legislador nacional, o montante exigível pode ultrapassar o valor da obrigação: nisso precisamente se revela a índole coercitiva, e não de ressarcimento, que tem a imposição.⁶⁸⁷

[...] enquanto for viável obter-se a prestação *in natura*, continuará cabível a multa, ainda que ultrapasse o valor da dívida, porque a *astreinte* não é meio de satisfação da obrigação, mas simples meio de pressão.⁶⁸⁸

O legislador nada disse acerca do problema crucial relacionado aos limites das *astreintes*. Todavia, pode-se afirmar não ser correto o posicionamento no sentido de que a multa deva ser limitada ao valor da causa.

[...]

⁶⁸⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, página 40.

⁶⁸⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, página 27.

A multa diária é instrumento acessório e legítimo de pressão psicológica para que o credor cumpra suas obrigações. Isso significa que a multa deve ter um valor elevado para o demandado, porque seu escopo é apenas compeli-lo a cumprir a obrigação específica e impedi-lo de negar-se a cumprir a prestação.⁶⁸⁹

A limitação do montante derradeiro da multa periódica ao valor da obrigação não se apresenta inadequada solução apenas por arrefecer (ou mesmo eliminar) o poder coercitivo da *astreinte* mas também por não poder ser aplicada, na prática, a um grande número de situações - referimo-nos, aqui, às obrigações de inestimável valor ou àquelas que tenham conteúdo econômico de difícil aferição. Qual seria o conteúdo econômico da vida, da saúde, da honra? Como o magistrado procederia à limitação quantitativa das *astreintes* nos casos em que a obrigação se relacionasse com os citados bens? Em claras e diretas palavras: qual seria o limite da multa coercitiva em uma obrigação de fazer envolvendo a vida, a saúde ou a honra de um determinado jurisdicionado?

A problemática atinente à limitação do montante final das *astreintes* não fica, contudo, restrita à questão de seu atrelamento ao valor da obrigação.

O que queremos dizer, com o precedente parágrafo, é que a multa não pode ter seu *quantum* final vinculado não só à obrigação (questão até agora abordada) mas também a qualquer outra espécie de referencial. A multa coercitiva não pode ser limitada ao equivalente econômico da prestação inadimplida, tampouco ao prejuízo que esse inadimplemento possa ter causado ao credor (como equivocadamente já se decidiu).

⁶⁸⁹LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos. **Revista de Processo**, ano 23, n. 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998, página 188. No mesmo sentido, ainda, Vicente Greco Filho e Fabiano Carvalho:

"O instituto da pena pecuniária tem semelhança com a *astreinte* do direito francês [...]. Tem natureza, portanto, coercitiva e não ressarcitória. Sua finalidade é compulsiva, a de fazer com que o devedor cumpra especificamente o devido, o que é sempre melhor do que a compensação em perdas e danos.

Dada essa natureza da multa pecuniária, ela pode ultrapassar o valor da obrigação" (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III, página 69).

"É digno de registro que a multa não tem a mesma natureza da obrigação a ser prestada nem se identifica com as perdas e danos que possuem valor determinado, exato e definitivo. Não se prega valor limitado. Tanto assim, que o juiz poderá, a pedido da parte ou de ofício, modificar o seu valor, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessivo. A multa pode ultrapassar o valor da obrigação ou das perdas e danos" (CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (*astreintes*) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, ano 29, n. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2004, página 210).

No direito francês, a tentativa de se atrelar o valor final da *astreinte* ao prejuízo suportado pelo credor com a renitência do devedor foi rechaçada, de forma veemente, pela doutrina. Como bem salienta Stéphane Piedelièvre, o fato da *astreinte* apresentar um inegável "*caractère essentiellement comminatoire, en ce sens qu'elle recherche essentiellement un effet d'intimidation*" permite que sua reiterada incidência às vezes chegue "*à un chiffre élevé, supérieur au montant du préjudice subi par le créancier*"⁶⁹⁰.

Na doutrina pátria temos igual posicionamento, aqui externado por Arenhart: "se a função da multa pecuniária é exatamente impedir a ocorrência do dano, seria paradoxal tomar a extensão do dano como elemento para definir o montante da pena"⁶⁹¹.

O que queremos dizer, com todas as considerações acima traçadas, é que os defensores da apriorística limitação das *astreintes* deixam de notar que a inexistência de limitação em Lei para o montante final da multa incidente periodicamente não é obra do acaso. O legislador se olvidou de expressamente consignar parâmetros quantitativos finais tendo em vista a natureza coercitiva das *astreintes*⁶⁹² (que restaria comprometida se houvesse uma limitação quantitativa para a multa).

Essa é a lição de Guilherme Amaral:

É fácil notar que, se fixado um 'teto' para o *quantum* a ser atingido pelas *astreintes*, teríamos de admitir que elas possuem uma eficácia limitada pelo tempo. Ou seja, após atingirem o referido 'limite', não exerceriam qualquer pressão sobre o réu recalcitrante, o que levaria ao necessário abandono da coerção pela multa e a adoção (se possível, é claro) de outra medida coercitiva ou mesmo de execução por sub-rogação. Verifica-se nesse posicionamento um verdadeiro desprestígio da tutela específica, na contramão das reformas que vem sofrendo o processo civil brasileiro.⁶⁹³

⁶⁹⁰PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, página 186.

⁶⁹¹ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, página 196.

⁶⁹²Para maiores detalhes sobre a natureza das *astreintes*, remetemos o leitor ao capítulo "V".

⁶⁹³AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 174.

Não estamos, aqui, a defender (que fique bem claro) que a multa não deva sofrer nenhuma espécie de controle (caso se torne por demais vultosa)⁶⁹⁴.

Estamos aqui a defender a inexistência de limitação preestabelecida do montante final da multa. O controle, ao final (como dispõe o §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil⁶⁹⁵) pode (e até deve) ocorrer em casos excepcionais⁶⁹⁶. O que não pode ocorrer é uma limitação apriorística.

A idéia que pretendemos transmitir, quando utilizamos a locução "limitação apriorística", é que a jurisprudência não pode traçar uma regra geral limitando o *quantum* final de toda e qualquer *astreinte*, incidente a todo e qualquer caso, ao montante da obrigação (ou a qualquer outro paradigma - como o prejuízo suportado pelo credor com a renitência do devedor). Pacificando-se a jurisprudência nesse sentido, o devedor saberá, de antemão, que o valor derradeiro da coerção não poderá ultrapassar um determinado patamar. A certeza de que o montante não ultrapassará uma certa quantia retirará muito da força intimidatória das *astreintes*, desnaturando-as⁶⁹⁷.

Em suma, além de inexistir limitação legal para o montante final das *astreintes* (constatação objetiva), entendemos também não existir, em razão da natureza da multa coercitiva, limitação principiológica para o *quantum* final da medida. Na verdade, tendo-se

⁶⁹⁴Posicionamento dessa jaez tenderia ao fracasso, vez que há expresso dispositivo legal autorizando o magistrado a alterar, de ofício, o valor da coerção (§6º do artigo 461 do Código de Processo Civil).

⁶⁹⁵"Artigo 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

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

⁶⁹⁶Vide, sobre o assunto, o subseqüente capítulo "VI.II."

⁶⁹⁷Nesse exato sentido a lição de Eduardo Talamini: "[...] a tese de que a multa [...] não deveria ultrapassar o valor da obrigação é passível dessa crítica: a rigidez de tal limitação, prévia e abstrata, tenderia a tornar, em muitos casos, a medida coercitiva pouco eficiente" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 266). Em sede jurisprudencial, a consideração feita pelo Ministro Luis Felipe Salomão também vai ao encontro de nosso pensamento: "[...] a consciência do devedor acerca da corriqueira redução da multa cominatória pelo Poder Judiciário, quase sempre na duodécima hora, impede a efetivação do propósito intimidatório das *astreintes*, pois não se cria nenhum receio quanto a substanciais consequências patrimoniais decorrentes do não acatamento da decisão" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 1.006.473 – PR (2007/0270558-3), Quarta Turma, relator originário Ministro Luis Felipe Salomão, relator para Acórdão Ministro Marco Buzzi, maioria de votos, j. 08.05.2012, DJe 19.06.2012).

em conta a natureza e a função das *astreintes*, seria tecnicamente equivocado preestabelecer um limite quantitativo à coerção.

Em conclusão, a multa não deve ter como limitador o valor da obrigação perseguida, tampouco os danos causados ao credor pelo devedor com seu inadimplemento⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸Por todas as considerações realizadas ao longo do presente subcapítulo entendemos que as *astreintes* impostas às obrigações perseguidas perante os Juizados Especiais não se submetem às limitações de alçada preconizadas pelo artigo 3º, I, da Lei nº 9.099/1995 e pelo artigo 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/2001. Nesse sentido, também, os escólios de Paulo Henrique dos Santos Lucon e Guilherme Amaral:

"Na hipótese de condenação ao pagamento de multa diária pelo descumprimento de ordem judicial, o valor total poderá ultrapassar o limite dos quarenta salários-mínimos, mas nem por isso poderá ser modificada a competência dos juizados especiais para a execução do julgado" (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos. **Revista de Processo**, ano 23, n. 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998, página 188).

"[...] as decisões e sentenças proferidas no Juizado Especial têm o mesmo valor que aquelas oriundas de processos que tramitam na Justiça Comum, constituindo títulos executivos judiciais (art. 584), não podendo aquelas receber técnicas de coerção menos hábeis ou eficazes do que as de que estas dispõem. Assim, as *astreintes* não estão sujeitas à limitação de valor da causa contida na legislação referente aos Juizados Especiais, e seu *quantum* não se submete à renúncia do autor ao crédito excedente, prevista no artigo 3º, §3º, da Lei 9.099/95" (AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 183).

O Superior Tribunal de Justiça diverge do nosso entendimento: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 33.155 - MA (2010/0189145-8), Quarta Turma, relatora Ministra Isabel Gallotti, votação unânime, j. 28.06.2011, DJe 29.08.2011.

VI.II. – POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR DAS *ASTREINTES* - A QUESTÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO DEMANDANTE, DA TITULARIDADE DA MULTA E DA REDUÇÃO DO CRÉDITO RESULTANTE DE SUA REITERADA INCIDÊNCIA.

O §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil autoriza o magistrado a majorar ou minorar o valor das *astreintes* caso o *quantum* estipulado tenha se tornado inadequado à finalidade proposta (intimidação do devedor com vistas ao desempenho da obrigação inadimplida), *in verbis*:

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

[...]

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

A melhor interpretação indica que a adequação quantitativa permitida pelo citado dispositivo legal, quando realizada no curso do processo, deve (i) se limitar ao valor unitário da *astreinte*⁶⁹⁹ e (ii) ser levada a cabo apenas quando houver uma alteração fática ou quando chegar ao conhecimento do magistrado questões que, a despeito de pretéritas, eram por ele ignoradas no momento do arbitramento inicial da cominação⁷⁰⁰. Exemplificativamente, o cumprimento parcial da obrigação pelo réu, após a citação, poderia, por ser um fato superveniente, dar ensejo à redução do valor da multa. Ainda como exemplo, poderíamos indicar que a privilegiada condição financeira do devedor, desconhecida do juiz quando da fixação da *astreinte* em sede de antecipação da tutela,

⁶⁹⁹Não incidindo, portanto, sobre o crédito até então acumulado.

⁷⁰⁰Nesse sentido, Eduardo Talamini:

“O valor da multa inicialmente estabelecido poderá ser alterado, para mais ou menos, conforme variem as circunstâncias concretas.

[...]

A modificação do valor terá de estar fundamentada na mudança dos fatos que haviam ensejado a sua definição originária” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 249).

poderia resultar na majoração da coerção assim que chegasse ao conhecimento do julgador⁷⁰¹.

Ainda na hipótese de ser realizada no curso do feito, a alteração quantitativa poderia, segundo melhor doutrina, ser impugnada mediante recurso⁷⁰², tendo inegável efeito *ex nunc*:

Seja qual for a alteração procedida pelo juiz, para mais ou para menos, deve-se ressaltar que esta sempre recairá para a periodicidade futura, ou seja, a partir da decisão que a alterou. Entendimento diferente seria conferir ao juiz poderes de ‘perdoar’ o devedor de uma dívida que era mais cara, porque o momento assim o exigia, ou ao reverso, impor-lhe obrigação que não devia anteriormente, pelo menos naquele valor.⁷⁰³

O regramento legal não vem, todavia, sendo utilizado apenas para a adequação do valor unitário da multa no curso do feito. Os Tribunais têm invocado o §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil na fase de execução para reduzir o crédito resultante da reiterada incidência das *astreintes*.

A aplicação do aludido dispositivo para a redução, em sede de execução, do montante final alcançado pela multa coercitiva só vem sendo possível, contudo, em razão do precedente entendimento fixado por doutrina e jurisprudência de que a multa não se encontra acobertada pela imutabilidade da coisa julgada, que recai apenas sobre a pretensão exposta em Juízo (obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa) - e não sobre o mecanismo utilizado para sua consecução. Citamos, por todos, Humberto Theodoro Júnior:

⁷⁰¹ Isso porque, como vimos no capítulo “VI.”, item “2.”, a condição financeira do devedor é um dos critérios a ser considerado pelo julgador ao fixar o *quantum* da coerção - e, em geral, quanto maior for o poderio econômico-financeiro do réu, maior deverá ser o valor da multa fixada.

⁷⁰² “O ato mediante o qual o juiz faz a adequação das multas é decisão interlocutória e, portanto, sujeita-se ao recurso de agravo de instrumento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, página 540).

⁷⁰³ PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 328, Porto Alegre: Notadez, fev. 2005, página 73. Complementando a lição da autora, Asdrubal Nascimbene: “[...] o novo valor deverá incidir apenas a partir da comunicação ao réu a respeito, indicando-se, inclusive, quais os fatos que justificaram a alteração” (NASCIMBENI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica**. Curitiba: Juruá, 2005, páginas 161 e 162).

[...] mesmo quando a multa seja estabelecida na sentença final, o trânsito em julgado não impede ocorra sua revisão durante o processo de execução; ela não integra o mérito da sentença e como simples medida executiva indireta não se recobre do manto da *res judicata*.⁷⁰⁴

Partindo, pois, do acertado entendimento de que a medida coercitiva não se torna imutável por conta do trânsito em julgado ou da preclusão ocorrida⁷⁰⁵ e da duvidosa interpretação de que a regra do §6º do artigo 461 do Código Buzaid aplicar-se-ia ao crédito resultante da reiterada incidência da multa⁷⁰⁶, as Cortes passaram, em sede de execução, a reduzir o *quantum* final alcançado pelas *astreintes* toda vez que fosse identificada a possibilidade de ocorrer um enriquecimento sem causa por parte do autor.

Mas em quais hipóteses estaria configurado o indigitado enriquecimento sem causa? De acordo com sedimentada jurisprudência, a figura disciplinada no artigo 884 do Código Civil⁷⁰⁷ emergiria toda vez que o crédito resultante da reiterada incidência das *astreintes* atingisse montante que sobejasse o correspondente monetário da obrigação

⁷⁰⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, página 27. Nesse sentido (de que a multa não é abarcada pela imutabilidade da coisa julgada), a jurisprudência: (i) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental na Reclamação (AgRg na Rcl) nº 5.110 – SP (2010/0223224-6), Segunda Seção, relatora Ministra Nancy Andrighi, votação unânime, j. 22.06.2011, DJe 30.06.2011 e (ii) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 1.085.633 – PR (2008/0193068-6), Terceira Turma, relator Ministro Massami Uyeda, votação unânime, j. 09.11.2010, DJe 17.12.2010.

⁷⁰⁵Caso a multa tenha sido cominada por decisão interlocutória.

⁷⁰⁶Para Guilherme Rizzo Amaral, o §6º do artigo 461 do Código de Processo Civil permitiria apenas e tão somente a alteração do valor unitário da multa e não a alteração do crédito resultante da sua reiterada incidência (AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 267). Poderíamos inferir, a partir da referida passagem, que para o autor a alteração quantitativa não poderia ser realizada na fase de execução, pelo menos não com base na regra do citado dispositivo legal. No mesmo sentido o entendimento do Ministro Marco Buzzi:

“Especificamente para possibilitar a interferência na multa diária arbitrada em sentença transitada em julgado, teve a jurisprudência de proceder a uma interpretação amplíssima do art. 461, § 6º, do CPC, extraíndo-se dele uma verdadeira válvula de escape passível de corrigir flagrantes injustiças.

Assim, embora a leitura do texto frio do mencionado dispositivo conduza a intelecção de que a multa pode ser revista somente prospectivamente, tal como ocorre com a revisão de alimentos e com a revisão contratual, passou-se a compreender que o teor do preceptivo permite um novo dimensionamento *ex tunc* da multa diária, esta que em tese vinha incidindo de acordo com sentença dotada do atributo da coisa julgada material” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 1.006.473 – PR (2007/0270558-3), Quarta Turma, relator originário Ministro Luis Felipe Salomão, relator para Acórdão Ministro Marco Buzzi, maioria de votos, j. 08.05.2012, DJe 19.06.2012).

⁷⁰⁷“Artigo 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

inadimplida⁷⁰⁸ (indicador objetivo) ou que atentasse contra os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade⁷⁰⁹ (indicador altamente subjetivo).

Almejando coibir esse enriquecimento indevido e, ao mesmo tempo, fazer também cessar a utilização, por parte dos Tribunais, dos indesejados parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade⁷¹⁰, parte da doutrina começou a questionar, utilizando o direito estrangeiro como paradigma, se o produto da multa coercitiva deveria, mesmo, ser destinado ao autor/credor ou se seria o caso do Estado figurar como titular do montante.

A reflexão proposta não é de todo injustificada: retirando-se do autor/credor a titularidade do crédito resultante da aplicação da multa (titularidade essa que, talvez até por razões históricas⁷¹¹, foi aceita em solo pátrio sem qualquer espécie de crítica durante décadas), estaria equacionada, com uma só medida, tanto a questão do enriquecimento sem causa como a atinente à limitação quantitativa das *astreintes*.

No direito alemão, por exemplo, o produto da pena pecuniária (Zwangsgeld) prevista no §888 do ZPO reverte ao Estado. No direito português, por sua vez, o montante

⁷⁰⁸Nesse sentido:

"CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO.

I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa.

[...]

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, lhe dou provimento para reduzir o montante da multa diária para R\$ 100,00 (cem reais), limitando o seu total ao valor do automóvel, objeto da obrigação principal, compensadas eventuais importâncias já depositadas a título da aludida multa" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 947.466 - PR (2007/0098684-7), Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, votação unânime, j. 17.09.2009, DJe 13.10.2009).

⁷⁰⁹Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. VALOR. EXCESSO. RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS.

[...]

2. Segundo a jurisprudência do STJ, é possível reduzir as *astreintes* fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se enriquecimento sem causa" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.318.332 - PB (2012/0071642-0), Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, votação unânime, j. 26.06.2012, DJe 01.08.2012).

⁷¹⁰"Indesejados" por serem extremamente subjetivos, acabando por afetar a previsibilidade dos julgados, que, por sua vez, apresenta-se como um dos mais importantes aspectos do processo contemporâneo.

⁷¹¹Lembrando que as ações cominatórias - que aqui aportaram com as Ordenações Afonsinas e que foram reiteradas no Código de Processo Civil de 1939 - atribuíam ao credor o produto da multa incidente (vide capítulo "II.", item "2." e capítulo "II.I.").

da “sanção pecuniária compulsória”, prevista no artigo 829-A do Código Civil, é dividido, igualmente, entre o autor e o Estado:

Artigo 829-A

1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.
2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.
3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.
4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.

No ordenamento francês, no qual encontramos o instituto que mais se assemelha ao nosso, as tentativas realizadas no sentido de transferir para o Estado parte do produto obtido com a incidência das *astreintes* acabaram fracassando⁷¹².

Na primeira investida, ocorrida entre 1971 e 1972⁷¹³, os legisladores tentaram, em vão, introduzir dispositivo repartindo o crédito da multa, em iguais partes, entre o particular e o Estado (a exemplo do que hoje ocorre no ordenamento português): o regramento proposto acabou sendo rejeitado pelo Senado. Na segunda tentativa, realizada quando se discutia o projeto de Lei n° 888 (que viria a se converter na Lei n° 91-650), houve nova rejeição pelo Senado⁷¹⁴.

⁷¹²Como já tivemos a oportunidade de expor no capítulo “IV.II.”

⁷¹³Quando se discutia o projeto legislativo que acabaria redundando na Lei n° 72-626.

⁷¹⁴Desta feita, contudo, o dispositivo legal proposto não dividia o produto das *astreintes* entre o autor e o Estado: o montante da multa seria dividido entre o autor e o fundo nacional de ação social. O percentual da distribuição também não vinha pré-fixado (como ocorria na proposta apresentada em 1972): o juiz poderia decidir que uma parte da multa (o dispositivo proposto não especificava quanto) não fosse destinada ao autor, mas sim ao tal fundo.

No direito francês, em suma, o particular é titular da integralidade da quantia decorrente da aplicação das *astreintes*, sendo admitido apenas na seara administrativa que o montante da multa seja dividido entre a parte e o Estado ("*la juridiction peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant*"⁷¹⁵).

Enfim, animados com os modelos encontrados em território estrangeiro e ansiosos para darem cabo da intrincada questão do enriquecimento sem causa do credor, alguns estudiosos passaram a questionar o nosso atual modelo, que atribui exclusivamente ao particular o produto das *astreintes*.

Um dos primeiros autores a questionar a titularidade da multa, embora ainda não preocupado com a questão do enriquecimento sem causa, foi Barbosa Moreira⁷¹⁶. Seguindo sua trilha, agora já com os olhos voltados à questão do enriquecimento sem causa, Fabiano Carvalho defendeu, de forma declarada, a completa inversão da regra hoje vigente. Para o citado autor “a multa deveria ser recolhida aos cofres públicos”⁷¹⁷.

A proposta, em nosso sentir, além de não resolver a questão do enriquecimento sem causa, ainda criaria novos (e mais agudos) problemas. Em primeiro lugar, a transferência integral da titularidade das *astreintes* ao Estado poderia reduzir drasticamente a efetividade do instituto, pois o novo beneficiário certamente não adotaria as medidas executórias - que potencializam o poder intimidativo da medida coercitiva - com a mesma rapidez que o particular⁷¹⁸. Em segundo lugar, a multa tornar-se-ia evidentemente inócua quando

⁷¹⁵Article L 911-18 du Code de Justice Administrative.

⁷¹⁶Para quem “já que ela [a multa] não tem caráter ressarcitório, mas visa a assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto da aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro: uma apresentação. **Temas de direito processual (quinta série)**. São Paulo: Saraiva, 1994, página 14).

⁷¹⁷CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, ano 29, n. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2004, página 214.

⁷¹⁸E, segundo bem aponta Talamini, “a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, páginas 264 e 265).

aplicada contra o próprio Estado, vez que o órgão estatal, em tal hipótese, ocuparia simultaneamente a posição de credor e devedor⁷¹⁹.

Atento à primeira crítica dirigida no precedente parágrafo, Marcelo Lima Guerra propôs que se atribuisse ao autor legitimidade extraordinária para excussão da multa⁷²⁰ (que continuaria, por sua proposta, devida ao Estado⁷²¹). Ciente do segundo óbice levantado ao cabo do anterior parágrafo, Luis Guilherme Marinoni sugeriu que, nos casos em que a ordem cominatória fosse dirigida ao próprio Estado, a multa acabasse sendo encaminhada “para um fundo” público⁷²².

Embora dignas de encômios⁷²³, as propostas não melhoram o quadro. Apesar de engenhosa, a legitimação extraordinária proposta por Marcelo Guerra falha ao não levar em conta o fato de que o credor pouco provavelmente se interessaria em conduzir, às suas expensas, uma execução cujo produto não lhe seria entregue. Quanto à proposta de Marinoni, valemo-nos da pragmática crítica feita por Guilherme Amaral:

Não parece crível [...] que se aposte na criação, aparelhamento e regular funcionamento e administração de fundos públicos ou privados, para o conserto de falha da legislação processual, que não dá destinação expressa ao crédito resultante da incidência da multa.

[...]

Além disso, o fundo proposto por Marinoni utilizaria a verba retirada dos cofres públicos para manter-se, ou seja, o Estado pagaria ao fundo para que este forçasse aquele (o próprio Estado) ao cumprimento de ordens judiciais. Soluções como esta mostram a que ponto – de irracionalidade –

⁷¹⁹Nesse sentido, José Eduardo Carneira Alvim: “em favor dessa exegese pesa [...] a inusitada situação de vir o Estado a ser, ao mesmo tempo, obrigado e beneficiário da sanção, quando seja ele o descumpridor do preceito” (ALVIM, José Eduardo Carneira. **O direito na doutrina**. Curitiba: Juruá, 1998, página 42).

⁷²⁰GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, página 209.

⁷²¹Segundo Marcelo Guerra: “o credor não tem, em princípio, direito de receber nenhuma quantia em dinheiro, em razão direta do inadimplemento do devedor, que não seja àquela correspondente a perdas e danos. Na relação entre credor e devedor, o primeiro só tem direito à prestação contratada ou ao equivalente pecuniário dessa mesma prestação (o ressarcimento em dinheiro pelos prejuízos resultantes da não realização da prestação)” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, página 207).

⁷²²MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 187.

⁷²³Por terem tentado solucionar a intrincada questão.

chegamos quando o assunto é descumprimento, pelo Poder Executivo, de ordens emanadas pelo Poder Judiciário.

[...]

Ademais, [...] o fundo nunca atuaria com a mesma tenacidade do demandante na cobrança daquele valor.⁷²⁴

Ao se pronunciar pela primeira vez sobre o tema em recentíssimo Acórdão, o Superior Tribunal de Justiça propôs, para a solução da questão do enriquecimento sem causa - sob a ótica da titularidade da multa cominatória -, a adoção do mecanismo preconizado pelo Código Civil Português. Pelo voto lavrado pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

[...] o valor devido pela parte recalcitrante a título de *astrentes* [sic] deve reverter, em proporções iguais, ao Estado e à parte beneficiária da decisão que as fixou, à luz dos interesses envolvidos - que são públicos e privados - e à luz das feições que assume tal multa, devendo o magistrado 'calibrar' o valor diante das circunstâncias do caso concreto.⁷²⁵

O voto do citado julgador seguiu, em certa medida, o regramento proposto para a questão no Projeto do Novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado⁷²⁶.

⁷²⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astrentes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, páginas 242 e 243.

⁷²⁵ Trecho do voto lavrado pelo Ministro Luis Felipe Salomão nos autos do Recurso Especial (REsp) n° 1.006.473 – PR (2007/0270558-3), Quarta Turma, relator originário Ministro Luis Felipe Salomão, relator para Acórdão Ministro Marco Buzzi, maioria de votos, j. 08.05.2012, DJe 19.06.2012.

⁷²⁶ Artigo 502 – Para cumprimento da sentença que reconheça obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável.

Parágrafo único – Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva.

Artigo 503 – A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

[...]

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

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

§7° - O disposto no §5° é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será integralmente devida ao credor” (Redação original do Projeto de Lei do Senado n° 166/2010).

O Ministro Salomão, relator originário, não conseguiu, contudo, fazer valer o seu entendimento.

O julgador responsável pela abertura da divergência, Ministro Marco Buzzi, rechaçou a proposta de divisão equânime do produto das *astreintes* entre o particular e o Estado sob as sensatas justificativas de que (i) não se pode transferir para o ente estatal a titularidade de uma coerção que não possui, por sua própria natureza, limites – vez que toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade e (ii) quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente. Eis os trechos do voto vencedor que interessam para o tema aqui desenvolvido:

A primeira linha de interpretação, na esteira de atribuir a multa integralmente ou parcialmente ao Estado, redundaria em uma manifesta inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da legalidade em sentido estrito.

De fato, cuidando-se de um regime jurídico público sancionatório, a legislação correspondente deve necessária e impreterivelmente conter limites à atuação jurisdicional a partir da qual se aplicará essa sanção.

É dizer, qualquer dispositivo legal, que estabeleça uma pena, uma multa, contra um particular tendo o Estado como seu destinatário, não prescinde tanto da sua previsão, fixação, quanto estabelecimento de parâmetros, de limites, máximo e, facultativamente, mínimo para sua incidência e operatividade.

Bem por isso, é que todas as medidas punitivas do CPC prevêem gradação máxima, relacionando-a sempre a um percentual sobre o valor da causa, se não a outro parâmetro, não podendo ficar sua aplicação à margem de total discricionariedade da autoridade administrativa ou judiciária.

[...]

[...] falta amparo jurídico à criação de uma “partilha” sobre o produto da medida coercitiva, porque, salvo melhor juízo, não existe qualquer previsão legal no ordenamento brasileiro nesse sentido.

Se o intérprete, a partir de uma lacuna percebida na previsão de medida coercitiva, como a multa, extrai desse suposto vácuo normativo dois

credores, queda assim então evidente que pelo menos em relação a um deles estar-se-á criando uma nova obrigação, até então inédita.⁷²⁷

Inviabilizada a solução da questão do enriquecimento sem causa sob a perspectiva da titularidade das *astreintes*, à vista das corretíssimas considerações feitas pelo Ministro Buzzi no aresto acima comentado, teríamos de admitir, como inarredável, a conclusão alcançada por Guilherme Amaral, para quem “mostra-se insuperável, em razão da reversão dos valores correspondentes à multa ao autor, a antinomia entre o princípio da proibição do enriquecimento injusto e o da efetividade do processo”⁷²⁸?

Olhando prospectivamente, como deverá proceder o magistrado (i) se a exacerbação do valor da multa cominatória, ao mesmo tempo que contribui para a efetividade processual (por intensificar a carga intimidatória das *astreintes*), aumenta a possibilidade de um enriquecimento injustificado por parte do autor e (ii) se, como outro lado da moeda, o comedimento exagerado no momento da quantificação da multa, a despeito de evitar um futuro enriquecimento sem causa, pode vir a tornar ineficaz, desde logo, a coerção? Olhando retrospectivamente, qual dos dois princípios deverá ser albergado pelo juiz? Deverá ele “privilegiar” o princípio da efetividade do processo ou o princípio que veda o enriquecimento sem causa?

A resposta, infelizmente, só poderá ser encontrada casuisticamente. Manifestamos pesar pela resposta ofertada porque a solução casuística, por ser bastante subjetiva, causa desalentadora imprevisibilidade (e o Poder Judiciário deve ser, em nome da segurança jurídica, o mais previsível possível).

O fato de a solução da questão do enriquecimento sem causa poder ser encontrada apenas no caso concreto não nos impede de apresentar um parâmetro que pode ser aplicado como auxiliar no processo de ponderação de valores, a ser realizado pelo julgador quando houver discussão sobre o *quantum* final das *astreintes*.

⁷²⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 1.006.473 – PR (2007/0270558-3), Quarta Turma, relator originário Ministro Luis Felipe Salomão, relator para Acórdão Ministro Marco Buzzi, maioria de votos, j. 08.05.2012, DJe 19.06.2012.

⁷²⁸AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 238.

Se o vultoso valor da coerção tiver se originado da reiterada e injustificada recalcitrância do devedor, parece-nos ser preferível admitir o enriquecimento sem causa do credor a reduzir o valor das *astreintes*. Como bem salienta Eduardo Talamini, realizar a redução da multa, nesses casos, “significaria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de ‘enriquecimento sem causa’”⁷²⁹.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados mais recentes, tem atentado para essa “equação”. A Ministra Nancy Andriighi já declarou, por exemplo, que “mesmo diante de multas elevadas, há de se rejeitar a pretensão de redução ‘se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor’”⁷³⁰. No julgado em que a Ministra firmou o citado entendimento, a Terceira Turma aumentou o valor final das *astreintes* de R\$ 480.000,00 para quase R\$ 10.000.000,00⁷³¹.

Como outro lado da moeda, se o elevado valor da multa tiver origem na desídia ou má-fé do credor, deverá preponderar o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Como bem destaca Guilherme Amaral:

[...] quando verificada, por exemplo, a desídia do autor em exigir o cumprimento da tutela específica tão somente para usufruir o crédito

⁷²⁹TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 257.

⁷³⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 1.185.260 – GO (2010/0044781-6), Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andriighi, votação unânime, j. 05.10.2010, DJe 11.11.2010.

⁷³¹“Dessa forma, o valor que chegou o TJ/GO à multa aplicada, reduzindo-a para 'R\$12.000,00 para cada mês de descumprimento, o que, na prática equivale atualmente a aproximados R\$480.000,00' (e-STJ fl. 1.645), acabou por premiar a insubordinação e o comportamento reprovável da recorrida, que, frise-se, segue descumprindo a ordem judicial.

Ora, se a ré foi recalcitrante em cumprir ordem judicial quando a multa cominatória fixada alcançou montante multimilionário, não será com a fixação de um valor de menos de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), que esse instituto irá cumprir sua função coercitiva, intimidando uma empresa com atuação mundial do porte da BUNGE.

[...]

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para majorar a multa cominatória ao importe de R\$7.000,00 (sete mil reais) por dia de descumprimento, sem prejuízo das atualizações legalmente permitidas, adotando como termo inicial, da mesma forma como fez o TJ/GO, a data de intimação pessoal do representante legal da recorrida, qual seja, 28 de julho de 2006, de modo que, até o presente momento, resultam 49 meses de descumprimento” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 1.185.260 – GO (2010/0044781-6), Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andriighi, votação unânime, j. 05.10.2010, DJe 11.11.2010). No mesmo sentido, ainda: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 1.192.197 – SC (2010/0082101-0), Terceira Turma, relator originário Ministro Massami Uyeda, relatora para Acórdão Ministra Nancy Andriighi, maioria de votos, j. 07.02.2012, DJe 05.06.2012.

resultante da multa, é que o juiz deverá adequar o valor total resultante da incidência da multa. Do contrário, haverá um manifesto descrédito em relação à medida, cuja força restará sempre questionável ante a possibilidade de redução ou até mesmo de supressão do crédito por ela oriundo.⁷³²

⁷³²AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 271. No mesmo sentido o escólio do professor Botelho de Mesquita: “se, vencido o prazo concedido ao réu para dar cumprimento à ordem judicial, não requerer o autor a execução das medidas de apoio, pela demora deste é evidente que não responderá o réu. [...] Incidirá o velho princípio de que ninguém aproveita a própria torpeza” (MESQUITA, José Ignacio Botelho de; LOMBARDI, Mariana Capela; RIBEIRO, Débora; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; SILVEIRA, Susana Amaral; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, página 36).

VII. - EXECUÇÃO DA MULTA COERCITIVA.

Como derradeiro tema a ser tratado nesse estudo, abordaremos as questões atinentes à última etapa a ser enfrentada tanto pelo credor como pelo devedor da *astreinte*: a execução.

Analisaremos, entre outros: os momentos processuais nos quais a multa pode ser cominada, a controvertida possibilidade do credor executar imediatamente a coerção imposta em decisão antecipatória/liminar, os requisitos para o início do processo/fase de execução e a consequência da reforma da decisão antecipatória/liminar que veicula a *astreinte*.

1. - AS ASTREINTES FIXADAS EM DECISÃO ANTECIPATÓRIA E AS COMINADAS EM PROVIMENTO FINAL.

A ordem para que o réu cumpra a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa pode ser emitida pelo magistrado ao cabo do processo, após exauriente cognição, ou antecipadamente, quando atendido, pelo autor, os requisitos do §3º do artigo 461 do Código de Processo Civil⁷³³.

O comando determinando o desempenho da tutela específica, quando emitido em sentença, não produz imediatos efeitos - a não ser que estejamos diante de uma das excepcionais hipóteses elencadas no artigo 520 do diploma processual⁷³⁴. Não sendo desde

⁷³³“Artigo 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação [...].

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

⁷³⁴“Artigo 520 - A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

III - [revogado pela Lei nº 11.232/2005];

IV- decidir o processo cautelar;

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

Como nenhum dos seis primeiros incisos do artigo 520 se refere a provimento mandamental (e a sentença que veicula tutela específica tem natureza mandamental), apenas na hipótese disciplinada no inciso VII o automático efeito suspensivo da sentença que ordena a realização de um fazer, não fazer ou entrega de coisa estaria excetuado. Em outras palavras, apenas se confirmasse a antecipação de tutela, a sentença que veicula uma tutela específica produziria imediatos efeitos.

logo eficaz a sentença, o prazo fixado pelo juiz, em tal preceito, para o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, não começa a fluir. Não se iniciando o prazo para desempenho da tutela específica, inexistente razão para que se cogite a possibilidade de se executar a *astreinte* - que, nesse caso, sequer teria começado a incidir⁷³⁵.

Diferente, contudo, é o raciocínio a ser realizado quando a prestação é determinada por decisão interlocutória (referimo-nos, aqui, aos provimentos liminares e antecipatórios de tutela). Nesse caso, como a ordem judicial possui imediata eficácia, o prazo fixado pelo magistrado para que o devedor cumpra a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa começa a fluir desde logo. Encerrado o termo para o desempenho do preceito cominado e não tendo sido ele atendido, começa a incidir a *astreinte*.

Questão que suscitou enorme polêmica⁷³⁶ dizia respeito à possibilidade da multa cominada em decisão interlocutória, que já estivesse incidindo em razão do não cumprimento do preceito judicial por parte do devedor, poder ser desde logo executada.

Parte autorizada da doutrina se posicionou pela impossibilidade da imediata execução, como, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco⁷³⁷, Clito Fornaciari Júnior⁷³⁸ e Luiz Guilherme Marinoni⁷³⁹. No entendimento dos citados processualistas, não haveria

⁷³⁵Como ressaltamos no capítulo "VI.I.", item "1.", a multa cominatória só começa a incidir após o transcurso do prazo fixado pelo juiz para que o devedor realize a prestação inadimplida.

⁷³⁶Polêmica que se encontra hoje um pouco arrefecida, embora ainda não esteja completamente sepultada. O que queremos dizer com isso é que o número de julgados admitindo a execução imediata das *astreintes* fixadas em decisão interlocutória apresenta-se maior que o número de julgados favoráveis à execução diferida (a ser realizada somente após o trânsito em julgado do provimento confirmatório final).

⁷³⁷"A exigibilidade dessas multas, havendo elas sido cominadas em sentença mandamental ou em decisão antecipatória de tutela específica [...], ocorrerá sempre a partir do trânsito em julgado daquela - porque, antes, o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação a fazer, não-fazer ou entregar, cessa também a cominação [...]. Não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a própria obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, páginas 540 e 541).

⁷³⁸"A execução da multa não tem lugar enquanto não se firmar a obrigação em definitivo e, ainda, o seu valor. Transitada em julgado a decisão, aí, então, opera-se regressivamente, apurando-se o tempo de demora no cumprimento da obrigação e, a partir daí, realiza-se a execução para pagamento de quantia certa" (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Execução de tutela antecipada e suas *astreintes*. **Tribuna do Direito**, São Paulo, ano 15, n. 172, ago. 2009).

⁷³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

sentido em se admitir a imediata exigibilidade de uma medida coercitiva atrelada a um provimento jurisdicional precário, passível de reforma⁷⁴⁰.

O risco da cobrança realizada pelo credor vir a se tornar indevida, no futuro, em razão da reforma da decisão veiculadora da coerção, não parece ser argumento suficiente, em nosso sentir, para impedir a execução das *astreintes* fixadas em decisão antecipatória. Fosse válida a linha de pensamento dos autores acima elencados, não se poderia admitir, por uma questão de coerência, a concessão da própria tutela antecipada e, muito menos, a sua execução. Como bem ressalta o professor Botelho de Mesquita: "o risco da cobrança indevida das *astreints* equipara-se ao risco inerente à execução de antecipação de tutela que não seja confirmada pela sentença de mérito"⁷⁴¹. Ora, se o legislador admite o risco da execução da própria tutela antecipada (e sobre isso não há dúvida⁷⁴²), deve admitir, como corolário lógico, o risco da execução de sua medida acessória, a multa⁷⁴³.

Com efeito, "fere a esfera do razoável imaginar que a obrigação deva ser cumprida e imediato e a multa [...] que serve justamente para efetivar a decisão antecipatória, deva aguardar o trânsito em julgado da sentença para se tornar exigível"⁷⁴⁴.

Além do mais, essa parcela da doutrina que defende o diferimento da cobrança da *astreinte* fixada em sede antecipatória parece não notar (ou não querer notar) que a impossibilidade de imediata execução retiraria muito do poder intimidativo do instituto.

⁷⁴⁰O entendimento dos citados autores encontrou (e ainda encontra) eco na jurisprudência:

"[...]"

2. As *astreintes* são devidas desde o momento em que ocorre o descumprimento da determinação judicial do cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer; sendo exigível, contudo, apenas depois do trânsito em julgado da sentença, tenha sido a multa fixada antecipadamente ou na própria sentença, consoante os §§3.º e 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n° 903.226 - SC (2006/0252889-0), Quinta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, votação unânime, j. 18.11.2010, DJe 06.12.2010).

⁷⁴¹MESQUITA, José Ignacio Botelho de; LOMBARDI, Mariana Capela; RIBEIRO, Débora; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; SILVEIRA, Susana Amaral; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreints*. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, página 28.

⁷⁴²Vide artigo 273, §3º, do Código de Processo Civil, que admite expressamente a execução provisória da tutela antecipada.

⁷⁴³Como bem salienta Humberto Theodoro Júnior: "se o juiz usou a multa como expediente para forçar o cumprimento imediato da prestação de fazer, não se deve recusar a sua exigibilidade também imediata" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, página 28).

⁷⁴⁴MESQUITA, José Ignacio Botelho de; LOMBARDI, Mariana Capela; RIBEIRO, Débora; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; SILVEIRA, Susana Amaral; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreints*. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, página 28.

Nesse sentido, Eduardo Talamini: "a inexecuibilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada retira boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação"⁷⁴⁵.

Com base em tais considerações, estudiosos de escol se contrapuseram à corrente capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco, admitindo (na verdade defendendo) a imediata exigibilidade das *astreintes* fixadas em sede antecipatória/liminar⁷⁴⁶. Entre os doutrinadores favoráveis à exequibilidade da multa coercitiva veiculada por decisão interlocutória apresentam-se, além do citado Talamini, José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁴⁷, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁷⁴⁸, Cássio Scarpinella Bueno⁷⁴⁹ e Marcelo José Magalhães Bonício⁷⁵⁰ (entre outros).

Embora a questão ainda não esteja pacificada (como advertimos em precedente noda de rodapé), julgados mais recentes do Superior Tribunal parecem estar se orientando, majoritariamente, à admissibilidade da imediata excussão. Nesse sentido:

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

⁷⁴⁵TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 259. No mesmo sentido, Cássio Scarpinella: "deixar a multa do art. 461 para ser cobrada apenas depois do trânsito em julgado e, pois, depois da fixação definitiva das responsabilidades de cada parte pelos fatos que ensejaram a investida jurisdicional, seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar a vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial e, conseqüentemente, à satisfação do exequente, que teve reconhecido em seu favor o direito à prestação da tutela jurisdicional" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil - tutela jurisdicional executiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, página 417).

⁷⁴⁶Exigibilidade essa que, obviamente, pode ser obstada se for atribuído efeito suspensivo ao eventual Agravo de Instrumento interposto pelo réu contra a decisão antecipatória.

⁷⁴⁷"A multa pode ser executada imediatamente, ainda que em curso o processo. Embora inexistente a tutela final, a multa está vinculada ao provimento antecipatório e pode ser exigida desde logo, pois decorre objetivamente do não atendimento ao comando nele contido" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, página 391).

⁷⁴⁸LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷⁴⁹"A multa é exigível a partir do instante em que a decisão que a fixa seja eficaz. É dizer: se fixada para viabilizar o cumprimento da liberação antecipada dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 461, §3º), desde que tenha transcorrido *in albis* o prazo fixado para a prática do ato tal qual determinado pelo magistrado ou a sua abstenção, a multa pode ser cobrada pelo exequente [...]" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil - tutela jurisdicional executiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, página 416).

⁷⁵⁰BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Análise do sistema das multas previstas no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2004, páginas 32 e 33.

1. - É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela. Precedentes do STJ.
2. - Agravo Regimental não provido.⁷⁵¹

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - *ASTREINTES* FIXADA EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1. - É possível a execução da decisão interlocutória que determinou o pagamento de *astreintes* no caso de descumprimento de obrigação, não havendo que se falar em violação do artigo 475-N, do Código de Processo Civil. Precedentes.
2. - O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
3. - Agravo Regimental improvido.⁷⁵²

A questão ganha uma diferente solução, contudo, quando a multa é cominada por decisão interlocutória proferida nos autos de uma ação civil pública ou em processo em que se discute direito da criança ou adolescente. Isso porque tanto a Lei que disciplina a ação civil pública⁷⁵³ como a que rege as relações atinentes à criança e ao adolescente⁷⁵⁴ contêm expressa regra condicionando a exigibilidade das *astreintes* ao trânsito em julgado da sentença final.

⁷⁵¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) n° 50.816 - RJ (2011/0139139-6), Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, votação unânime, j. 07.08.2012, DJe 22.08.2012.

⁷⁵²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) n° 1.299.849 - MG (2011/0311516-1), Terceira Turma, relator Ministro Sidnei Beneti, votação unânime, j. 19.04.2012, DJe 07.05.2012.

⁷⁵³"Artigo 12 - Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

[...]

§2º - A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento" (Lei n° 7.347/1985).

⁷⁵⁴"Artigo 213 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§3º - A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento" (Lei n° 8.069/1990).

Nos casos submetidos aos citados diplomas, não vemos como defender a excussão imediata da multa, por mais que os dispositivos das aludidas Leis estejam em descompasso com o atual sistema processual.

Excetuada, contudo, a específica questão das Leis n° 7.347/1985 e 8.069/1990, qualquer decisão interlocutória que cominar *astreintes* será, em nossa opinião, passível de imediata execução.

Agora, como se processará essa execução?

A resposta é simples: dado o fato de que o provimento que serve de título é precário, a execução da multa deverá ser realizada de forma provisória, nos termos do artigo 475-O do Código de Processo Civil. Em outras palavras: os atos de constrição, levantamento e alienação correrão por conta e risco do exequente, que estará obrigado a reparar os danos sofridos pelo executado no caso do provimento executado ser reformado/anulado.

Portanto, se for reformado ou anulado o provimento que cominava a multa executada, ficará o autor/credor, segundo nosso entendimento, obrigado a devolver o montante eventualmente embolsado, vez que ele não fará "jus ao crédito resultante da incidência da multa quando a sentença final não lhe der razão"⁷⁵⁵. E para que o réu obtenha a devolução dos valores embolsados pelo autor, bastará demonstrar o deslocamento monetário havido de seu patrimônio para o patrimônio do autor, não sendo necessária a averiguação de qualquer espécie de culpa por parte do credor (vez que a execução provisória pressupõe responsabilidade objetiva do exequente⁷⁵⁶).

⁷⁵⁵AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 256. No mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon: "o valor eventualmente despendido a título de multa deve retornar ao patrimônio do demandado, sendo uma consequência natural da sentença ou acórdão de mérito no qual se decretou a improcedência do pedido deduzido na petição inicial" (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, página 279). A solução defendida pelos dois autores aqui citados é a adotada pelo ordenamento francês (conforme discorreremos no capítulo "IV.II.", item "2.").

⁷⁵⁶"[...] vigora o princípio geral de que o réu deve ser ressarcido de todo e qualquer dano derivado da indevida interferência jurisdicional concreta sobre sua esfera jurídica. E é o requerente dessa atuação jurisdicional quem responde por tais danos, independentemente de dolo ou culpa" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 259). Ainda nesse sentido (da responsabilidade objetiva do exequente): BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Há, contudo, quem defenda entendimento diverso - de que a reforma da decisão que veiculava as *astreintes* não influenciaria a execução promovida pelo autor. É o caso, por exemplo, de Teori Albino Zavascki. Segundo o autor:

[...] decisões que impõem sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, ou fixam multa coercitiva por atraso no cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, ou fazem incidir ônus de sucumbência em favor de litisconsorte excluído, são decisões que definem outra norma jurídica individualizada, diferente da que é objeto do processo, surgida de fato gerador novo, ocorrido no curso do processo e por causa dele. Assim, independentemente da solução que for dada à causa pela sentença definitiva, as decisões interlocutórias, naqueles casos, têm vida própria e, operada preclusão em relação a elas, podem servir de título para execução definitiva.⁷⁵⁷

Esse posicionamento, em nosso sentir, advém de um equivocado entendimento sobre a natureza, finalidade e características da multa. Os que advogam a tese de que a reforma/anulação da decisão que veiculara a multa não eximiria o réu do dever de pagar o débito incidente sobre o período da recalcitrância (i) atribuem à *astreinte* um inexistente viés sancionatório⁷⁵⁸ (e a multa do artigo 461 do Código Buzaid não busca punir o devedor recalcitrante ou preservar a dignidade da justiça⁷⁵⁹) e (ii) esquecem da característica acessória da coerção, da qual decorre que, revogado o principal (que é o provimento), revoga-se o acessório (que é a multa).

⁷⁵⁷ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. VIII, páginas 214 e 215. No mesmo sentido, Livia Dal Piaz: "no entanto, não nos parece que descumprir uma ordem judicial seja insignificante. Esta, uma vez publicada, enquanto vigente, ainda que venha a ser modificada posteriormente, deve ser cumprida. Tal é a finalidade da multa, coibir o cumprimento [sic] da ordem" (PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 328, Porto Alegre: Notadez, fev. 2005, página 76).

⁷⁵⁸Provando que os partidários de tal corrente atribuem à multa coercitiva um inexistente viés sancionatório, Spadoni: "A exigibilidade da multa pecuniária não recebe nenhuma influência da relação jurídica de direito material. É preciso se ter bem claro que o que autoriza a incidência da multa é a violação da ordem do juiz, é a violação de uma obrigação processual, e não da obrigação de direito material que o réu pode possuir perante o autor. Assim sendo, se o réu não atender à decisão eficaz do juiz, estará desrespeitando a sua autoridade, ficando submetido ao pagamento da multa pecuniária arbitrada, independentemente do resultado definitivo da demanda. Em sendo a decisão que impôs a multa cominatória posteriormente revogada, seja por sentença ou por acórdão, ou mesmo por outra decisão interlocutória, em nada restará influenciado aquele dever que havia sido anteriormente imposto ao réu" (SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória** - a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC - coleção estudos de direito de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 49, páginas 182 e 183).

⁷⁵⁹Como ocorre com o *Contempt of Court*, por exemplo (vide capítulo "IV.I").

Como bem salienta o já citado professor Botelho de Mesquita: "sobrevindo sentença de improcedência, não haverá mais título em que se fundamente o dever de pagar a multa", sendo direito do executado reaver do exequente o que tenha eventualmente desembolsado no curso da execução provisória.

2. - COMO SE PROCESSA A EXECUÇÃO DA MULTA COERCITIVA.

A execução do produto das *astreintes* deve ser realizada da mesma forma que a execução de qualquer crédito pecuniário⁷⁶⁰, processando-se, em razão das alterações implementadas pela Lei nº 11.232/2005, nos moldes do artigo 475-J e seguintes do Código de Processo Civil⁷⁶¹.

O título exequendo (que, no caso, será a decisão antecipatória ou a sentença/Acórdão) deverá preencher os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade. Ou seja, terá o credor de demonstrar, extirpe de dúvidas, que o devedor foi devidamente intimado a realizar a obrigação imposta por decisão/sentença e que o prazo razoável fixado pelo magistrado no provimento expirou. Importante salientar, aqui, não caber ao credor a prova da violação/descumprimento do preceito. Caberá ao executado, em sua defesa (a ser exercida pela via do incidente de Impugnação do artigo 475-L do diploma processual) fazer prova de que realizou o comando judicial⁷⁶².

⁷⁶⁰É fácil observar que, na grande maioria das multas previstas no Código de Processo Civil, não está previsto o meio pelo qual será feita a execução, mas é intuitivo que as decisões que fixam as multas são decisões que reconhecem a existência de uma relação de direito material e impõem a alguém uma obrigação (de pagar uma multa), logo, constituem títulos executivos judiciais análogos à sentença condenatória, embora tenham a forma de decisão interlocutória [...]" (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Análise do sistema das multas previstas no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2004, página 38). No mesmo sentido, Humberto Theodoro: "a multa, em qualquer situação deverá ser exigida sob o rito da execução por quantia certa" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, página 28).

⁷⁶¹"Artigo 475-J - Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

⁷⁶²É ônus do réu comunicar e comprovar em juízo o cumprimento da decisão judicial. Logo, [...] não é razoável dizer que, para executar o crédito advindo da multa, teria o autor de provar a violação da decisão do juiz" (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 262).

A liquidez, em geral, é alcançada por intermédio de mera operação aritmética⁷⁶³, que deverá vir estampada na memória de cálculo exigida pelo Código de Processo Civil (artigo 475-J em combinação com o 614, II). Diferentemente do que ocorre no ordenamento francês⁷⁶⁴, portanto, não será necessário, na execução promovida em solo pátrio, a realização de uma alongada e intrincada fase de liquidação⁷⁶⁵.

Importantíssima questão, por vezes suscitada no curso da execução (como matéria de defesa), diz respeito ao pagamento das perdas e danos e ao cumprimento superveniente da obrigação. Nenhuma das duas condutas eximirá o executado do dever de pagar o valor devido a título de multa coercitiva⁷⁶⁶. A *astreinte*, como ressaltado ao longo do presente estudo, não se confunde com as perdas e danos e incide até o momento que a prestação é, finalmente, desempenhada.

Sobre o crédito acumulado da *astreinte* incidirá correção monetária. Segundo Guilherme Amaral, se a multa a ser executada tiver sido fixada em montante exato⁷⁶⁷ ela deverá ser corrigida "até a data da sua execução, para depois multiplicar-se pelo número de dias de incidência da multa [...]. Fixado em índice⁷⁶⁸, submete-se a multa (e seu crédito) às alterações da correspondente indexação"⁷⁶⁹.

Os juros, em nosso sentir, seriam devidos a partir da intimação do executado para pagamento (já em sede de execução). Gislene Costa, a seu turno, defende a

⁷⁶³Soma, por exemplo, dos dias de recalcitrância do devedor.

⁷⁶⁴Como ressaltamos no capítulo "IV.II.", item "2.", é na fase de liquidação que os juízes franceses realizam o accertamento do valor das *astreintes*.

⁷⁶⁵"É dispensável a prévia liquidação dos valores arbitrados a título de multa, pois um simples cálculo aritmético que multiplique os dias de não atendimento à ordem pelo valor cominado pelo juiz pode aferir com suficiente precisão o valor a ser executado" (SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória** - a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC - coleção estudos de direito de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 49, página 185).

⁷⁶⁶"Artigo 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

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

⁷⁶⁷R\$ 200,00 (duzentos Reais), R\$ 500,00 (quinhentos Reais).

⁷⁶⁸20 salários mínimos, 30 UFESP's.

⁷⁶⁹AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 272.

inaplicabilidade dos juros sob o argumento de que a sua incidência daria ensejo a um "*bis in idem*"⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰COSTA, Gislene Barbosa da. Inaplicabilidade de juros de mora no cálculo de pena astreinte. **Tribuna do Direito**, São Paulo, ano 17, n. 213, jan. 2011. O Superior Tribunal de Justiça chegou a adotar uma terceira posição, decidindo que "os juros de mora sobre valor devido a título de multa devem incidir a partir do descumprimento da liminar concedida" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) nº 818.799 - SP (2006/0010714-6), Terceira Turma, relator Ministro Castro Filho, votação unânime, j. 09.08.2007, DJe 10.09.2007).

VIII. - CONCLUSÕES.

O presente trabalho tratou, em seu introdutório capítulo, de analisar o movimento de superação do dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Destacamos, na citada parte do estudo, que influenciados pela disposição contida no artigo 1.142 do *Code Napoléon* e limitados pela completa ineficácia das ferramentas processuais disponibilizadas pelo sistema pátrio, nossos Tribunais vinham ofertando à parte prejudicada com o descumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa apenas o equivalente pecuniário da prestação inadimplida.

A percepção de que a via indenizatória nem sempre repararia de forma integral os danos experimentados e a conscientização de que o uso de meio coercitivo indireto para o desempenho de obrigação anteriormente assumida não caracterizaria ofensa à liberdade individual (entre tantos outros fatores) fizeram com que esse distorcido quadro começasse a ser contestado. Atendendo a reivindicação da doutrina, o legislador empreendeu uma série de reformas no Código de Processo Civil, quebrando o paradigma: a tutela específica passou a ocupar o lugar de primazia que vinha sendo indevidamente ocupado pelo sucedâneo indenizatório.

No capítulo "II.", analisamos os antecedentes históricos da tutela específica e dos meios de coerção nos sistemas romano e lusitano (gênese de nosso direito). Destacamos que a coerção corporal, tônica do direito romano em seu período mais remoto, foi sendo paulatinamente substituída por uma coerção com viés mais patrimonialista. Ressaltamos, ainda, que a experiência jurídica romana só chegou a conhecer figura semelhante às tutelas específicas com os *interdicta*⁷⁷¹ e que os tais interditos acabaram, por meio da revisitação iniciada por D. Dinis, sendo incorporados (com adaptações, é claro) ao direito português.

Concluímos, ao cabo da citada parte do trabalho, que o Brasil recebeu de Portugal um direito afeto às tutelas específicas, veiculadas por intermédio dos preceitos cominatórios.

⁷⁷¹Fundados no poder de *imperium* dos magistrados, os *interdicta* consubstanciavam-se em ordens expedidas pelos pretores a pedido de um particular para que outro fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa.

A partir de um cronológico exame do nosso ordenamento, demonstramos, no começo do capítulo "II.I.", que a possibilidade do jurisdicionado pleitear a tutela específica em Juízo sempre esteve prevista nas sucessivas Codificações que aqui vigeram, mas que a sua efetiva consecução ficava prejudicada em razão (i) do insubsistente ferramental processual disponibilizado e (ii) de uma velada reverência ao princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*⁷⁷².

Na segunda parte desse mesmo capítulo, analisamos os específicos diplomas que pioneiramente potencializaram a tutela específica: a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Ao cabo, examinamos as reformas realizadas no Código de Processo Civil pelo legislador reformista de 1994 e 2002.

No terceiro capítulo do estudo abordamos o tema da classificação dos provimentos jurisdicionais, destacando que as sentenças que veiculam uma obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa constituem, por suas peculiares características, categoria autônoma (mandamental).

Avançando para o direito comparado (capítulo "IV.I."), notadamente o ordenamento anglo-saxão, examinamos a figura do *Contempt of Court*, instituto que, apesar de ser precipuamente utilizado para a preservação da autoridade e dignidade da Justiça (preponderando, portanto, o caráter sancionatório/punitivo), pode servir, em algumas hipóteses, de meio coercitivo (assemelhando-se, ainda que em episódicas ocasiões, à multa cominatória brasileira).

Ainda na seara comparativa, exploramos as *astreintes* do direito francês (capítulo "IV.II."). Fruto de criação pretoriana, a multa francesa (fonte inspiradora da nossa multa coercitiva) possui declarada natureza coercitiva e alargado âmbito de incidência, não se restringindo (como ocorre aqui no Brasil) às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

⁷⁷²Princípio que, apesar de nunca ter sido positivado no direito pátrio, foi largamente utilizado pelos Tribunais.

Com base na retrospectiva histórica até então realizada e tendo em conta os institutos do direito comparado recém-examinados, tratamos, no capítulo "V.", de conceituar a multa do artigo 461 do Código de Processo Civil, identificando sua função e delimitando o campo de sua aplicação.

Concluimos, pois, que a multa é meio de execução indireta, imposta com o objetivo de influir na vontade do demandado com vistas ao cumprimento voluntário da obrigação inadimplida. A *astreinte*, no ordenamento brasileiro, não possui finalidade ressarcitória ou sancionatória, não se confundindo, portanto, com o prejuízo eventualmente experimentado pelo credor, tampouco se prestando a punir o devedor renitente.

Identificamos, ainda no quinto capítulo, que as *astreintes* se aplicam às obrigações de fazer fungíveis, infungíveis, às que veiculem um dever de não fazer e também às que digam respeito à entrega de coisa⁷⁷³.

No tocante às obrigações infungíveis, encontramos um campo específico no qual a aplicação da multa coercitiva encontra severa resistência: a seara dos deveres personalíssimos.

De um lado, a doutrina, em geral, defende a incoercibilidade dessa espécie de obrigação, calcada nas garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade e à liberdade de expressão artística e intelectual. De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça⁷⁷⁴, em recente julgado, defendeu a coercibilidade plena desse tipo de mister. Não se pode olvidar, também, da solução ofertada pelas Cortes inglesas, que, preservando o íntimo direito criativo do artista, vem sancionando o inadimplemento contratual impedindo que o recalcitrante realize a prestação inadimplida junto a terceiros.

O tema encontra-se atualmente em aberto na jurisprudência pátria e a solução, ao que nos parece, será obtida na análise do caso concreto, ponderando-se os bens jurídicos

⁷⁷³No tocante a essa espécie de obrigação, vale ressaltar que os mecanismos eficazes para a consecução das obrigações de entregar coisa (imissão de posse para bens imóveis e busca e apreensão para bens móveis) não constitui vedação a que o credor venha a se valer das *astreintes* para a obtenção do cumprimento da obrigação.

⁷⁷⁴Elevando a novos patamares o movimento de valorização da tutela específica.

em confronto na demanda para, a partir daí, adotar-se um dos posicionamentos acima enumerados.

Ainda no campo das obrigações de fazer infungíveis, destacamos que o credor pode renunciar a qualquer momento à infungibilidade da prestação, optando por realizar o fato por terceiro ou pela adoção de alguma das espécies de sub-rogação disciplinadas no §5º do artigo 461 do diploma processual.

Como último apontamento quanto às obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa, ressaltamos o completo intercâmbio de regras e princípio existente entre os regramentos do processo de conhecimento e o processo de execução.

Fixada a natureza, a função e delimitado o campo de incidência da multa, analisamos a possibilidade do instituto ser cumulado a outras espécies de coerções/sanções, notadamente o crime de desobediência e o ato atentatório ao exercício da jurisdição (capítulo "V.I."). Quanto ao crime de desobediência, destacamos perfilar do entendimento da doutrina penal, no sentido de que o descumprimento de ordem judicial acompanhada de multa coercitiva só poderia ensejar responsabilização penal se a legislação extrapenal expressamente permitisse tal hipótese (o que não ocorre hodiernamente). No tocante à cumulação da multa com a sanção estipulada para o ato atentatório ao exercício da jurisdição, ressaltamos não só não haver óbice legal à combinação das medidas (o que possibilitaria a aplicação simultânea dos institutos), como ainda ser recomendável, em nosso sentir, a utilização conjugada das espécies.

No sexto capítulo, enfrentamos as questões atinentes à periodicidade da multa coercitiva, os critérios a serem observados para a fixação do seu valor inicial, seu termo inicial e final e a problemática da existência ou não de limitação para o montante final da multa periódica.

No tocante à periodicidade, destacamos ser possível a multa ser cominada em qualquer unidade de tempo (hora, dia, semana, mês), de forma fixa (caso de obrigações instantâneas) e até mesmo por evento/acontecimento.

No item "2." do capítulo "VI.", elencamos os quatro critérios que, em nosso sentir, devem ser levados em conta pelo magistrado para a fixação do valor inicial da multa coercitiva: a expressão econômica da prestação, a relevância do bem jurídico em disputa, a capacidade financeira do devedor e as possíveis vantagens que ele poderia colher com o descumprimento do preceito judicial.

Ao analisarmos o termo inicial da coerção (capítulo "VI.I.", item "1."), verificamos que a polêmica reside, na verdade, no *dies a quo* do prazo estabelecido na decisão judicial para que o devedor desempenhe a prestação inadimplida (e não no *dies a quo* da multa em si). Enquanto para a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (com o qual concordamos) o prazo para cumprimento do preceito iniciar-se-ia a partir da intimação do advogado (quando possível), para a Primeira Seção, o prazo começaria a fluir, sempre (sem exceção), a partir da intimação pessoal da parte.

Quanto ao termo final (capítulo "VI.I.", item "2."), constatamos serem quatro as hipóteses aptas a colocarem ponto final na incidência da multa coercitiva: (i) cumprimento da própria obrigação, (ii) impossibilidade jurídica ou material de realização da prestação inadimplida, (iii) pedido de conversão do feito em perdas e danos (formulado pelo autor) ou (iv) pedido de adoção de outros meios sub-rogatórios, em substituição à *astreinte* (também feito pelo autor).

Com relação à polêmica limitação do montante final das *astreintes*, mostramos inexistir qualquer espécie de motivo legal ou principiológico para fixação apriorística de um "teto". Em nosso sentir, o *quantum* final da multa não poderia limitado nem ao valor da obrigação nem ao montante do prejuízo experimentado pelo credor com o inadimplemento (o que não quer dizer, contudo, que o derradeiro produto da coerção não possa ser, a *posteriori*, acertado pelo magistrado - caso se torne por demais vultoso).

No capítulo "VI.II.", analisamos a questão da limitação, *a posteriori*, do montante final das *astreintes* sob a perspectiva do enriquecimento sem causa do credor. Chegamos à conclusão que a principal alternativa proposta pela doutrina (alteração do titular da multa) não pode ser juridicamente admitida no direito pátrio (embora ocorra em alguns sistemas do direito comparado) e que a decisão sobre o *quantum* máximo a ser alcançado dependerá

de uma análise casuística, que será realizada tendo por base o comportamento adotado pelas partes durante o curso do feito.

No capítulo "VII.", debruçamo-nos sobre a questão da execução das *astreintes*, concluindo não só ser possível, como também recomendável, a execução imediata da multa veiculada por provimento interlocutório. Fomos além, destacando que essa imediata cobrança deve se processar sob a forma de execução provisória, sendo o exequente obrigado a devolver eventuais valores embolsados em caso de reforma da decisão exequenda.

Em resumo, a despeito da ausência de um detalhado regramento e das várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais daí advindas, a multa coercitiva acaba se apresentando como a mais efetiva ferramenta para a obtenção da tutela específica em Juízo - tendência do processo civil contemporâneo. Talvez por conta de sua efetividade e de sua larga utilização, o instituto acabe despertando tantas polêmicas.

Procuramos, com o presente estudo, responder algumas das inquietantes indagações formuladas pela doutrina e pela jurisprudência, deixando algumas reflexões sobre os caminhos a serem trilhados quando, por nossa completa incapacidade, uma resposta não podia ser ofertada.

IX. - REFERÊNCIAS.

ALVIM, Arruda. Interpretação da sentença liquidanda - Fidelidade ao sentido original - Multa convencional e astreintes - Diferenças e limites. **Revista de Processo**, ano 20, n. 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1995.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Tutela específica e tutela assecuratória das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito na doutrina**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

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

_____. As astreintes e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, ano 35. n. 182, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2010.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1940, v. I.

AMORIM, José Roberto Neves. A integração das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa no Código de Processo Civil e no vigente Código Civil. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Impactos processuais do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada** - temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARMELIM, Donaldo. Responsabilidade objetiva no Código de Processo Civil. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de processo civil canônico** (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito e processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENDITT, Theodore M. **The rule of precedent in law**. Oxford: Clarendon, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BIRENBAUM, Gustavo. Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Análise do sistema das multas previstas no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o poder público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil - tutela jurisdicional executiva**. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no direito processual civil brasileiro**. 2001. Tese (Doutoramento em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

_____. O contempt of court por descumprimento de ordem judicial. **Revista do Advogado**, n. 84, São Paulo: AASP, dez. 2005.

CAETANO, Marcello. **Lições de história do direito português**. Coimbra: Coimbra, 1962.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, v. III.

CAPPELLETTI, Mauro. **Access to justice - A worldwide movement to make rights effective - A general report**. Leyden/Londres/Boston/Milão: Giuffrè, 1978.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil - les obligations**. 13. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, v. IV.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo de execução depois da reforma. **Revista de Processo**, ano 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1995.

_____. Em torno do processo de execução. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, ano 29, n. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2004.

CARVALHO, Milton Paulo de. Alguns aspectos práticos da reforma do Código de Processo Civil. **Revista do Advogado**, n. 46, São Paulo: AASP, ago. 1995.

_____. Notas sobre uma reclassificação das ações. **Revista do IASP**, ano 10, n. 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2007.

CHABAS, François. L'astreinte en droit français. **Revista de Direito Civil**, n. 69.

CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de G. Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Gislene Barbosa da. Inaplicabilidade de juros de mora no cálculo de pena astreinte. **Tribuna do Direito**, São Paulo, ano 17, n. 213, jan. 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. Coimbra: Almedina, 1989.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Paraná: Jus Podium, 2010.

CRUZ, Guilherme Braga da. **O direito subsidiário na história do direito português - Estudos de história do direito – Direito moderno**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1981.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não fazer (art. 461, CPC). **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

DAVID, René. **Les grandes systèmes de droit contemporains**. 8. ed. Paris: Dalloz, 1982.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

DENARI, Zelmo. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Nasce um novo processo civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, tomos I e II.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Paraná: Jus Podium, 2010.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. et al. **Juizados especiais criminais** - comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FINK, Daniel Roberto. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Execução de tutela antecipada e suas astreintes. **Tribuna do Direito**, São Paulo, ano 15, n. 172, ago. 2009.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. et al. **Juizados especiais criminais** - comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. I.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. et al. **Juizados especiais criminais** - comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOODHART, Arthur L.. **Precedent in English and continental law and case law**: a short replication. *Law Quarterly Review*, 1934.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. II.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. III.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

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

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. **Revista de Processo**, ano 26, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

_____. et al. **Juizados especiais criminais** - comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSO, GIUSEPPE. **Lezioni de storia del diritto romano**. Torino: G. Giappichelli, 1965.

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

_____. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Execução contra o poder público. **Revista de Processo**, ano 25, n. 100, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000.

GUINCHARD, Serge; VINCENT, Jean. **Procédure civile**. 24. ed. Paris: Dalloz, 1996.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**. Yale University, 1993.

HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. Lisboa: Bertrand, 1980.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. New York: Barnes & Noble Books, 2004.

INGMAN, Terence. **The English legal process**. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2002.

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

JULIEN, Pierre; TAORMINA, Gilles. **Voies d'exécution et procédures de distribution**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer**. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

LOPES, João Batista. Sentença substitutiva de declaração de vontade - natureza e função. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 46, São Paulo: Dialética, jan. 2007.

_____. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno - Justiça morosa?. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002.

LIVINGSTON, Margit. Disobedience and contempt. **Washington Law Review**, n. 75, 2000.

LOMBARDI, Mariana Capela. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos. **Revista de Processo**, ano 23, n. 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998.

_____. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Considerações acerca da certa tendência legislativa à atenuação do dogma "nemo ad factum praecise cogi potest". In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei Federal nº 8.952, de 13.12.1994. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela específica** (arts. 461, CPC e 84, CDC). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Ricardo Nemes. **Estatuto da execução específica**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Processo civil romano**. 2. ed. Belém: Falangola, 1963.

_____. **A lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MERÊA, Manuel Paulo. **Resumo das lições de história do direito português**. Coimbra: Coimbra, 1925.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A Sentença mandamental. **Revista do Advogado**, n. 78. São Paulo: AASP, set. 2004.

_____. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

MILLER, Christopher John. **Contempt of court**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal** - parte especial. 18. ed. São Paulo Atlas, 2003, v. III.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1939**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

_____. **Tratado das ações** (ação, classificação e eficácia). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, Tomo I.

_____. **Tratado das ações** (ações mandamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, Tomo VI.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, José Rubens de. **Evolução histórica da execução civil no direito lusitano**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual (segunda série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. **Temas de direito processual (quinta série)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. A sentença mandamental - da Alemanha ao Brasil. **RDR**, n. 14, mai./ago. 1999.

_____. **O novo processo civil brasileiro** (exposição sistemática do procedimento). 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Abílio. **Código de Processo Civil anotado**. 5. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1983.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. IV.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** - parte geral e parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Tutela declaratória executiva? **Revista do Advogado**, n. 85, São Paulo: AASP, mai. 2006.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ORESTANO, Ricardo. **L'apello civile in diritto romano**. Torino: G. Giappichelli, 1966.

PALAZZOLO, Nicola. **Processo civile e política giudiziaria nel principato - Lezione de diritto romano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1991.

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

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

_____. Tutela jurisdicional das liberdades. **Revista de Processo**, ano 23, n. 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998.

PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. Tradução Mariacarla Giorgetti. **Rivista di Diritto Processuale**, ano LI (seconda serie), 1996.

_____; THÉRY, Philippe. **Procédures civiles d'exécution**. Paris: Dalloz, 2000.

PIAZ, Livia Cipriano Dal. Os limites da atuação do juiz na aplicação das astreintes. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 328, Porto Alegre: Notadez, fev. 2005.

PIEDELIEVRE, Stéphane. **Droit de l'exécution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz, a tutela processual específica e o direito societário. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

RÉ POUSADA, Estevan Lo. **Preservação da tradição jurídica luso-brasileira**: Teixeira de Freitas e a introdução à consolidação das leis civis. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RIBEIRO, Débora. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral das obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II.

_____. **Direito civil - dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. III.

SÁ, Fernando. Astreinte e contempt of court, eficácia e efetividade (estudo de um caso). **Revista de Processo**, ano 29, n. 115, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun. 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedura civile romana, esercizio e eifesa dei eiriti**. Milão: Anônima Romana Editoriale, 1936.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Guilherme Linhares Valério da. Breves apontamentos acerca dos direitos da personalidade e novas formas de tutela jurisdicional. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Impactos processuais do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997.

_____. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 4. ed. Coimbra: Universidade Coimbra, 2002.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** – execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. II.

SILVEIRA, Susana Amaral. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

SIMPSON, A. W. B.. **The common law and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1973.

SOARES, Guido Fernandes. **Common law - introdução ao direito dos EUA**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória** - a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC - coleção estudos de direito de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 49.

_____. A multa na atuação das ordens judiciais. *In*: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** – eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

_____. Ainda sobre a prisão como “execução indireta”: a criminalização da desobediência a ordens judiciais. *In*: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação ex vi do art. 461, §3º, do CPC. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TAORMINA, Gilles; JULIEN, Pierre. **Voies d'exécution et procédures de distribution**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**, ano 28, n. 110, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003.

_____. A atuação executiva dos direitos: perfil comparatístico. **Revista de Processo**, ano 15, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1990.

_____; HAZARD, Geoffrey C. **American civil procedure: an introduction**. Yale University, 1993.

TEIXEIRA, Guilherme Silveira. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

TESHEINER, José Maria. Execução civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis). **Revista de Processo**, ano 26, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Medida cautelar. Multa diária. Exequibilidade. **Revista de Processo**, ano 24, n. 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1999.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista de Processo**, ano 27, n. 105, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002.

_____. **Curso de direito processual civil** - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I.

_____. **As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THÉRY, Philippe; PERROT, Roger. **Procédures civiles d'exécution**. Paris: Dalloz, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro (contrastes e confrontos). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico** (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível - sanções: pecuniária e privativa de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2002.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 89, São Paulo, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v II.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 24. ed. Paris: Dalloz, 1996.

VINCKEL, François. **Droit de l'exécution forcée**. Paris: Gualino Éditeur, 2008.

WATANABE, Kazuo. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. VIII.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. **Revista de Processo**, ano 28, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. et al. Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreints. **Revista Jurídica**, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.