



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As Astreintes e a Efetividade do Processo

Sônia Cristina Carrilho Valente Peres Fernandes

Rio de Janeiro
2010

SÔNIA CRISTINA CARRILHO VALENTE PERES FERNANDES

As Astreintes e a Efetividade do Processo

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal.

Rio de Janeiro
2010

AS ASTREINTES E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Sônia Cristina Carrilho Valente Peres Fernandes

Graduada em direito pela
Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade o estudo da multa coercitiva presente na sistemática processual brasileira e sua atuação na efetivação das decisões judiciais. O interesse específico dirige-se à sistematização desse meio executivo tendo em vista as indagações e as discrepantes interpretações que seu emprego tem suscitado, tanto no terreno doutrinário quanto na seara jurisprudencial. Para tanto, cumpre examinar, dentre outros aspectos, a função da multa no processo civil brasileiro, a sua natureza e características, as hipóteses de seu cabimento e sua periodicidade, a possibilidade de sofrer modificações, assim como os influxos que tal meio executivo sofre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-chaves: Processo Civil. Efetividade. Astreintes. Coerção.

Sumário: Introdução; 1. A efetividade do processo; 2. As medidas de apoio para obtenção da tutela específica; 3. A função da multa na sistemática processual brasileira; 4. Natureza jurídica e características da multa; 5. Hipóteses de cabimento e periodicidade da multa; 6. Beneficiário do crédito da multa; 7. Limites temporais e exigibilidade das multas; 8. Valor da multa; 9. Enriquecimento sem causa e a “indústria da multa”; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do instituto das astreintes, que é uma multa periódica fixada pelo juiz a fim de compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação acordada, sendo um dos modos de coerção previsto em lei para dar efetividade ao cumprimento específico da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre a efetividade do processo, que tem entre seus propósitos garantir a

paz social mediante a eliminação dos conflitos de forma justa e, também, a análise da problemática do cumprimento das decisões judiciais, de modo a promover a segurança jurídica e evitar a descrença do poder judiciário. Para efetivar o cumprimento das obrigações foi criado o instituto das astreintes, sendo que as conseqüências processuais que ele acarreta, exigirão da doutrina um estudo aprofundado a fim de possibilitar o seu uso apropriado.

Busca-se despertar a atenção para o problema do descumprimento das decisões judiciais, especialmente no âmbito das obrigações, e para a efetividade da aplicação das astreintes como meio de coerção apto a ensejar o adimplemento das obrigações, a fim de se evitar que estas tenham que ser resolvidas em perdas e danos.

Objetiva-se discutir se a aplicação das astreintes no cumprimento das sentenças de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, está exercendo sua função coercitiva de forma adequada. Procura-se demonstrar as controvérsias em relação ao valor e periodicidade da multa e, também sobre sua possível redução pelo juiz. Será analisado se o credor tem um interesse maior pelo valor da multa ou pelo cumprimento efetivo da tutela jurisdicional, ocasionando a chamada “indústria da multa”.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a efetividade da multa como forma de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação, a chamada “indústria da multa” que causa um desvirtuamento do papel das astreintes, a necessidade de controle do juiz sobre o valor da multa e sobre a periodicidade da mesma, a redução do valor total da multa e as controvérsias acerca de seu valor excessivo e, por fim, a possibilidade do uso de outros mecanismos previstos na lei e novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para efetivar a aplicação da multa.

Esta pesquisa adotou o procedimento qualitativo do tipo descritivo parcialmente exploratório.

1. A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O grande número de conflitos existentes no meio social surge do convívio dos homens com seus semelhantes. O ser humano é dotado de interesses diversos, encontrando nos bens da vida a satisfação para suas necessidades.

As contendas surgem da disparidade entre a carência de bens disponíveis e a infinidade de interesses a serem atendidos, sendo, pois, comum que duas ou mais pessoas voltem suas pretensões para o mesmo bem, desencadeando a lide ou litígio que se caracteriza como sendo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A lide interfere de modo significativo na vida em sociedade, sendo necessário o emprego de meios que a solucionem, a fim de que o bem comum prevaleça no grupo social. Diante da vedação da autotutela e da dificuldade que os litigantes têm em conseguir realizar um acordo, o Estado percebeu que seria verdadeira temeridade deixar ao arbítrio dos particulares a solução dos conflitos, por isso avocou para si a tarefa de compor os litígios.

Como detentor do monopólio de administração da justiça, passou a intervir nas contendas como terceiro imparcial, dizendo, diante da causa posta à sua apreciação, quem tem razão. Surgindo, assim, a noção de jurisdição como importante fator de pacificação social, à medida que sua atuação tende a colocar fim às situações litigiosas, as quais, por sua vez, configuram-se em atitudes de rebeldia às regras indispensáveis à própria sobrevivência da sociedade.

Ressalte-se que a atividade jurisdicional, apesar de ser incumbência exclusivamente estatal, não pode ser desempenhada de forma arbitrária, livre de quaisquer regras. Por isso, do mesmo modo que o Estado impõe limites à conduta dos indivíduos por meio das leis, ele limitou sua própria atuação, enunciando princípios e regras a serem respeitados.

O Estado exerce sua função jurisdicional por meio de um método, que é o processo.

A jurisdição é a força operativa com que se realiza o poder de *imperium* do Estado para compor um litígio, e o processo o instrumento imanente à jurisdição, para que o Estado alcance esse escopo.

A jurisdição e o processo, ao lado da ação, formam a chamada trilogia estrutural do direito processual. É através da ação que a parte deduz uma pretensão em juízo e, conseqüentemente provoca a atuação do órgão jurisdicional, que irá desempenhar sua função por meio do processo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra o princípio do acesso à justiça, possibilitando a todos aqueles que sofrerem uma lesão ou estiverem com seus direitos ameaçados, recorrerem ao Poder Judiciário. Com efeito, está impresso nessa fórmula um direito fundamental que, numa dimensão subjetiva, outorga ao cidadão a garantia de proteção efetiva, preventiva e célere através da jurisdição

Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema, por isso, tal garantia não pode ser meramente formal, ou seja, estampada num dispositivo de lei, mas sem qualquer produção de efeitos práticos, deve-se propiciar a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.

Para que o processo alcance sua efetividade é necessário que as decisões judiciais sejam cumpridas, porque para a obtenção pelo sistema judiciário da necessária legitimidade social, faz-se imprescindível conferir à decisão judicial a credibilidade decorrente de sua real aptidão a promover efetivas alterações no mundo empírico. WAMBIER, (2008).

Diante disso, nada mais natural do que se compreender que, para prestar plena proteção ao direito material, deve o juiz contar com meios técnicos capazes de dar real efetividade à tutela jurisdicional.

Porém, durante um longo período, o direito de ação – abstrato e autônomo em relação ao direito material – foi considerado apenas o direito formal de acesso aos tribunais, em consonância com a postura passiva assumida pelo Estado de matriz liberal, que não assumia nenhum compromisso em promover efetivamente a tutela do direito.

Na época do direito liberal, em função dos princípios de defesa da liberdade e da autonomia da vontade, era negada ao magistrado a possibilidade de usar qualquer meio executivo destinado a convencer o réu a fazer algo contra a sua vontade. Por isso, era expressamente vedada a utilização de multa para compelir o demandado a não fazer ou fazer algo. Desta forma, todas as obrigações de fazer ou de não fazer resolviam-se em perdas e danos, em caso de descumprimento pelo devedor. Não havia como se obter a tutela *in natura*, da prestação inadimplida, mas apenas a sua conversão em dinheiro, até porque nesta época a preocupação do Estado era somente manter em funcionamento os mecanismos de mercado, ele não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato.

Sendo certo que se pensava que o direito de ação consistia num direito de provocar a jurisdição e obter uma sentença de mérito e, por isso, muitos direitos dependentes de atos executivos não encontravam proteção integral.

No estágio atual, todavia, é cediço que a tutela do direito não depende somente de um provimento final, a não ser quanto se postula uma sentença meramente declaratória ou constitutiva. Em verdade, são raras as hipóteses de direitos que encontram irrestrita proteção apenas na sentença final de mérito, dispensando atos de concretização que operem no plano material.

De fato, há muito pouca utilidade na predisposição de uma variedade de sentenças adequadas às particularidades do direito material se a estas não se vincularem meios executivos igualmente idôneos.

Para resguardar o direito específico do jurisdicionado, o legislador tem se esforçado

no sentido de dotar o sistema processual civil de meios que sirvam de estímulo ao cumprimento das decisões judiciais, adotando mecanismos ágeis e eficazes e os colocando à disposição do juiz, voltados ao alcance da efetividade do processo, assim como aperfeiçoando outros já existentes.

Notadamente desde 1994, com a adoção de regra de antecipação de tutela no artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como pelos artigos 461 e 461-A do mesmo diploma legal, que trazem regras sobre o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, demonstram a expressiva tendência, que toma corpo a cada novo episódio de reforma da lei processual, prestigiando o cumprimento da obrigação exatamente da forma, modo e extensão pactuadas pelas partes e prevista no plano do direito material, em detrimento da tutela substitutiva.

É a aplicação do chamado princípio da primazia da tutela específica, segundo o qual se deve buscar dar ao credor tudo e exatamente aquilo que ele obteria se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação que lhe cabia, sem que fosse necessário provocar a atividade jurisdicional para a imposição da ordem.

Assim, a transformação das obrigações em perdas e danos, a serem honradas pelo patrimônio do inadimplente, cede passo ao cumprimento da obrigação *in natura*, pela via da chamada tutela específica das obrigações, o que atende de melhor forma os anseios do credor e promove uma efetividade maior ao processo.

2. AS MEDIDAS DE APOIO PARA OBTENÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

O § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.444/2002, determina que para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá, 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.

O dispositivo em epígrafe elenca uma cláusula geral executiva, na qual estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas de apoio que podem ser adotadas pelo juiz, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, aplicar a providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial. DIDIER, (2009).

Essas providências poderão ser tomadas para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente. Na tutela específica, através das medidas coercitivas se obtém a tutela executiva com o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor, induzido por coerção indireta. Já na obtenção do resultado prático equivalente, o resultado final é obtido por outrem que não o próprio demandado, através dos meios subrogatórios, a tutela executiva é prestada sem qualquer colaboração do devedor, exclusivamente pela atividade dos órgãos jurisdicionais.

Uma das medidas de apoio estabelecida após as reformas processuais é justamente a multa pecuniária - astreinte, elencada nos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, que acabou por outorgar ao juiz poderes para criar condições, dentro do processo, para que ao réu pareça mais vantajoso cumprir a ordem judicial do que se submeter às sanções decorrentes de sua renitência.

3. A FUNÇÃO DA MULTA NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

Com o intuito de estimular o réu a cumprir a determinação judicial, tanto da decisão que concede a tutela antecipada, quanto na sentença, poderá o juiz de ofício ou a requerimento da parte, impor multa diária ou por tempo de atraso ao devedor da obrigação (astreintes),

concedendo-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito, conforme estabelece o §4º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

As astreintes consistem numa sanção processual imposta como meio de coação psicológica, destinada a vencer a resistência do obrigado para que cumpra com sua obrigação, isto é, a sua função específica é produzir efeito sobre a vontade do obrigado, no sentido de influir no seu ânimo para que ele cumpra a prestação de que se está esquivando. Assim sendo, deve revelar-se apta para alcançar esse objetivo, pois, de outro modo atuaria no vazio, por isso o juiz ao estabelecer o valor da multa deve atender às peculiaridades do caso concreto e respeitar o princípio da proporcionalidade. Se a multa não dispuser de força coercitiva para intimidar o obrigado, esta não deve ser aplicada, devendo o juiz eleger outra forma de alcançar o cumprimento da obrigação.

As multas periódicas consistem na medida coercitiva de maior utilidade prática, fazendo com que no dia a dia forense, sejam mais aplicadas do que as demais medidas de apoio previstas no §5º do artigo 461 do CPC. Embora não satisfaçam, por si só, a tutela específica concedida a favor do credor, as multas periódicas têm efeitos persuasivos sobre o devedor, de forma a coagi-lo a adimplir a obrigação na sua especificidade. Assim, elas atuam no sistema mediante o agravamento da situação do obrigado que insiste em não adimplir com sua obrigação, onerando-o mais e mais com o passar do tempo ou a cada ato indevido que ele venha a repetir, com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo.

Durante muito tempo foi atribuída às astreintes a natureza de indenização, isto ocorria devido a uma evidente confusão entre ressarcimento do dano e multa voltada a constranger o cumprimento da decisão. É lógico que, quando se faz a confusão entre ressarcimento e multa, está se pensando em ressarcimento pelo equivalente em pecúnia, e não em ressarcimento na forma específica. Ressarcir pelo equivalente significa responder por um

dano mediante dinheiro e esta finalidade nada tem a ver com a multa. A multa não objetiva dar algo ao lesado em troca do dano, ou mais precisamente, obrigar o responsável a indenizar o lesado que sofreu o dano.

O §2º do artigo 461 do Código de Processo Civil é expresso ao dizer que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”, reafirmando o que já dizia o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, restando claro que a multa é devida independentemente de também ser devido o valor da indenização.

Esclareça-se que em alguns casos, a tutela jurisdicional pode depender da multa sem que o autor sequer tenha pedido ressarcimento pelo equivalente, como no caso da tutela inibitória, destinada a evitar a violação ao direito. Esta tutela, para ser efetivada, em regra, depende da imposição de multa para que o demandado seja realmente constrangido a não violar, mas não almeja qualquer indenização em dinheiro.

O fato de a multa poder não surtir o efeito de convencer o demandado a cumprir a decisão, e assim transformar-se em sanção pecuniária devida pelo devedor inadimplente, não significa que ela possa servir para indenizar o dano. A sanção pecuniária não tem qualquer relação com o dano, pois a este basta unicamente o ressarcimento. MARINONI, (2007).

Dessas considerações, é possível concluir, numa primeira acepção, que a multa coercitiva tem como escopo influir na vontade do demandado, para que este espontaneamente cumpra certa determinação judicial, afirma-se que a função da multa é pressionar psicologicamente o obrigado e conduzi-lo a optar por cumprir espontaneamente o preceito judicial mediante atos próprios. Sob esse enfoque, a multa pecuniária consubstancia um instrumento de coerção psicológica que se vincula à técnica mandamental de modo a constranger ou estimular o destinatário da ordem a adotar a conduta desejada.

Por outro lado, invoca-se outra vertente funcional da sanção pecuniária. Parte da doutrina entende que a multa tem na verdade o escopo direto de obter o cumprimento do

mandado judicial, que enquanto expressão do *imperium* do Estado não pode restar descumprido. A função da multa sofre vinculação à promoção do respeito à autoridade do Estado, portanto. Não é por outra razão que vários dos doutrinadores que se debruçaram sobre esse tema, manifestam-se no sentido de que a multa coercitiva volta-se diretamente à tutela do interesse do Estado.

Contudo, outra corrente doutrinária critica essa função da multa coercitiva como meio de preservação da dignidade da Justiça. Argumentam que, ao se admitir que as astreintes têm a função de preservar a autoridade das decisões judiciais, cria-se um problema para explicar como os demais pronunciamentos judiciais, que não são acompanhados da multa pecuniária, poderão ser respeitados.

Outra linha de argumentação contra a função da multa coercitiva como meio de preservação da dignidade da Justiça assenta-se no fato de o crédito gerado pela multa ser atribuído ao credor, sendo faculdade deste promover a execução da soma acumulada pela incidência da multa. Sendo difícil, portanto, admitir que uma determinada sanção prevista em prol da dignidade da justiça e do interesse do Estado, tenha por último e derradeiro momento, a execução, conferida ao encargo de um particular. AMARAL, (2010).

Argumenta-se ainda que, se a sanção pecuniária fosse pensada para promover a respeitabilidade das decisões, não haveria como desonerar o devedor em caso de sentença final contrária à ordem provisória. Toda essa argumentação visa demonstrar que a multa coercitiva não tem como escopo preservar a dignidade da Justiça, mas sim exclusivamente tutelar o direito da parte.

A controvérsia mostra que a definição da finalidade precípua da multa tem implicações teóricas e práticas que não podem ser desconsideradas. Partindo do pressuposto que a função exclusiva da multa é tutelar o direito do autor, conclui-se que o crédito da multa, é conferido ao credor e, ademais, que o crédito gerado pela incidência de multa fixada em

decisão provisória só será exigível caso essa venha a se tornar definitiva.

Por sua vez, partindo de premissa distinta pode-se entender que é o Estado quem faz jus ao crédito da multa e que a falta de reconhecimento do direito do autor não implica em desobrigar o réu do pagamento do valor acumulado pela incidência da multa.

Diante do exposto, em face da omissão legislativa, parece apropriado que se procure delimitar, ao menos de forma provisória, a finalidade da multa no direito brasileiro. Adota-se a tese segundo a qual a multa coercitiva no direito brasileiro apresenta um caráter híbrido em função da influência sofrida do direito francês, alemão e anglo-saxão.

Diante dessa mistura de idéias estrangeiras na formatação da multa nacional, é correto afirmar que a função da multa não pode ser dissociada de suas finalidades antes mencionadas. Desta forma, ao mesmo tempo em que é nítida sua função coercitiva, isto é, sua feição de instrumento de constrangimento da vontade do devedor para obtenção da tutela específica do direito, a multa também demonstra clara aptidão para promover a respeitabilidade das decisões judiciais.

A questão torna-se evidente quando se constata que o fato gerador da multa é o próprio descumprimento da ordem judicial e, por via de consequência, sua incidência é decorrência direta da desobediência ao comando judicial.

É possível estabelecer a separação entre a função imediata e mediata da multa, enquanto sua função imediata corresponde à obtenção da tutela do direito do autor, a função mediata consiste na efetivação da decisão do juiz, vale dizer, na preservação do exercício do poder estatal.

4. NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DA MULTA

A natureza jurídica de um instituto corresponde à afinidade que este instituto tem

com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação.

Quando se trata da natureza da multa é de unânime aceitação que ela configura um meio executivo caracterizador da técnica da coerção indireta ou meio de execução indireta, voltado a dar efetividade às ordens do juiz, não tendo qualquer finalidade sancionatória ou reparatória. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais.

Isso porque a multa é um mecanismo coercitivo que objetiva induzir o próprio réu ao cumprimento da ordem judicial. A técnica de execução indireta, que opera mediante meios de coação, atua diretamente sobre vontade do réu, por meio de mecanismos de pressão psicológica, para compeli-lo ao cumprimento espontâneo da prestação devida. Diferentemente da execução direta, em que o emprego de meios sub-rogatórios dispensa a participação do réu.

Fixada a natureza jurídica da multa cabe agora promover um exame acerca das suas principais características.

O caráter coercitivo da multa é incontroverso, estando presente em todos os conceitos encontrados na doutrina, esta se destina a pressionar o devedor a cumprir a decisão judicial e não a reparar o prejuízo do seu descumprimento, conforme já foi visto. O réu ameaçado pela incidência da multa, que por incidir por tempo indefinido, pode chegar a valores bem maiores do que a própria obrigação principal, é levado a defender seu patrimônio, através do cumprimento da decisão judicial. O exercício da técnica de tutela das astreintes permite, assim, a materialização da tutela jurisdicional almejada pelo autor. AMARAL, (2010).

Do caráter coercitivo das astreintes decorrem outras importantes características, como a desvinculação do valor da multa para com o valor da obrigação principal cujo cumprimento é almejado, bem como a independência em relação às perdas e danos originados do descumprimento da decisão judicial.

As astreintes também possuem caráter acessório ou instrumental, isto é, como é uma técnica destinada ao alcance de um determinado fim, só tem razão de existir enquanto esse fim ainda é desejado. As alterações que ocorrerem na obrigação principal ou na possibilidade de seu cumprimento podem acarretar modificações na eficácia da decisão que fixou as astreintes, bem como na incidência e exigibilidade da multa. Por exemplo, se o devedor for exonerado da obrigação principal por força de posterior decisão judicial, como a multa é uma técnica de tutela e, portanto, acessória, a decisão que fixou a multa não vai subsistir, já que sua existência está vinculada à possibilidade prática de cumprimento específico da obrigação nela declarada.

Entende-se que a multa tem caráter processual, pois é um instrumento empregado pelo órgão jurisdicional para a execução de suas decisões, sendo que sua aplicação não se encontra na esfera de disponibilidade das partes. O emprego da multa, embora possa ser objeto de pedido do autor, é afeto ao órgão jurisdicional, que deverá avaliar à luz do caso concreto, a viabilidade de sua utilização. Na verdade a multa foi concebida para não incidir no caso concreto, pois se espera que a simples ameaça de incidência da multa encoraje o ordenado a cumprir o comando judicial.

É possível vislumbrar também o caráter público da multa coercitiva, adotando-se a perspectiva doutrinária que vê a sanção pecuniária como instrumento de salvaguarda da autoridade do Estado. A partir desse ponto de vista, a natureza pública da multa guarda estrita relação com o fato de ela se qualificar como instrumento de proteção de uma obrigação processual e, portanto, nitidamente de direito público.

5. HIPÓTESES DE CABIMENTO E PERIODICIDADE DA MULTA

É possível aplicar a multa como meio de coerção para o adimplemento das

obrigações de fazer e não fazer, conforme preconiza o artigo 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil e, também, para as obrigações de entrega de coisa, com fulcro no artigo 461-A, § 3º do Código de Processo Civil.

Discute-se se a multa pode incidir apenas diante de obrigações infungíveis, ou seja, aquelas que apenas podem ser cumpridas pela pessoa do obrigado, ou se também tem cabimento em face de obrigações que podem ser adimplidas através da intervenção de um terceiro.

Há quem entenda que as obrigações que podem ser cumpridas por um terceiro, independentemente da presença da vontade do obrigado, por não necessitarem de coerção sobre a vontade deste não podem se valer da multa. Porém, não há qualquer fundamento lógico para afirmar que a previsão de meios típicos de execução por sub-rogação implica a exclusão da execução sob pena de multa, até porque esta “é mais rápida, barata e simples do que a execução que depende de terceiro para fazer o que deveria ter sido feito pelo réu ou mesmo da execução que é realizada por um agente ou oficial de jurisdição”. MARINONI, (2007, p.76). Não é justo que o autor tenha que adiantar as despesas necessárias e pagar a terceiro para fazer o que é obrigação do réu adimplir. Assim, é cabível a aplicação das astreintes tanto no caso de obrigações infungíveis, quanto fungíveis.

Quanto à periodicidade, a multa poderá ser diária, horária, semanal, mensal, anual, ou até mesmo fixa. A cominação de multa de periodicidade diária é a mais comum, mas esta só é adequada quando se está diante de deveres de fazer e de não fazer cuja violação não se exaure num único momento. Porque para os casos em que inobservado o dever, torna-se impossível sua consecução específica, já que o fato só seria útil e eficaz se cumprido em uma oportunidade exata, não há que se falar em multa por dia de descumprimento.

Isso também ocorre nos deveres de fazer ou não fazer cuja violação ocorra por ato de eficácia instantânea, nestes casos o que interessa é evitar que se pratique a conduta vedada,

não adiantando a incidência de multa diária depois que a violação num único instante já tiver ocorrido. Para tais situações impõe-se a imposição de multa de valor fixo, que incidirá uma única vez, se e quando houver violação, por isso o valor da multa fixa deve ser significativo, já que o que se prestará a coagir não será a perspectiva do aumento progressivo da coerção patrimonial em virtude da incidência diária, mas sim a ameaça da incidência única.

6. BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO DA MULTA

O entendimento, que vem desde antes da reforma de 1994, é de que a multa reverte em favor do autor da demanda, não obstante não exista nas regras que versam sobre a multa, a indicação expressa e inequívoca neste sentido.

Daí porque existe posicionamento doutrinário no sentido de que existe “uma grave incoerência entre o caráter público da multa (técnica coercitiva, instrumento de preservação da autoridade jurisdicional – sem cunho indenizatório e cominável de ofício) e a circunstância de o montante dela proveniente ser destinado ao autor, e não ao Estado”. TALAMINI, (2003, p. 264).

Tal crítica torna-se mais evidente quando se leva em conta a natureza coercitiva da multa, que não se confunde com o ressarcimento por perdas e danos, nem tem o valor de sua incidência limitado ao valor do dever objeto da tutela.

O fato de a parte ser a beneficiária da multa contribui para a eficiência da função coercitiva do mecanismo, primeiro porque a aptidão da multa em pressionar o réu será maior quanto maior for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. Segundo porque sendo o crédito da multa titularizado pelo autor, este pode utilizá-lo em eventual composição com o adversário.

Assim, o autor pode abrir mão, total ou parcialmente, de receber o montante

decorrente da multa, em transação cuja contrapartida seria o cumprimento pelo réu da obrigação, de onde se conclui que se o beneficiário da multa fosse o Estado, a possibilidade de o autor utilizar esse valor para fins de transação seria, no mínimo, objeto de intensa discussão.

7. LIMITES TEMPORAIS E EXIGIBILIDADE DA MULTA

O art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, determina que o juiz fixará “prazo razoável para o cumprimento do preceito”. A intenção da norma foi outorgar ao juiz o poder de designação de um período razoável para o cumprimento da decisão antes que se faça incidir a sanção cominatória.

Sustenta-se que o lapso temporal não pode ser de duração tão breve ao ponto de impedir o cumprimento tempestivo, assim como não deve ser tão longo que chegue a anular a utilidade do provimento, as circunstâncias terão que ser avaliadas casuisticamente.

A fixação de prazo para o cumprimento não é algo obrigatório. Ela somente encontra justificativa naquelas ocasiões em que, em razão da complexidade, da natureza e da urgência do dever imposto, se fizer necessário um lapso temporal mínimo para que o demandado concretize o comando judicial.

Há casos em que o cumprimento da decisão se faz indispensável sem mais demora, como por exemplo, nas hipóteses em que o direito material reclama por tutela inibitória negativa, isto é, por um tipo de tutela jurisdicional que estabelece ordem de abstenção ao réu nas quais se cumpre o preceito não fazendo o comportamento proibido.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido que o termo inicial da incidência da multa é aquele imediatamente posterior à cessação do prazo de cumprimento da ordem imposta. Assim, a rigor, antes do vencimento do prazo designado pelo juiz não há

descumprimento da ordem, não se podendo cogitar a incidência da cominação pecuniária.

Nas hipóteses de multa fixada em antecipação de tutela, a sanção coercitiva tem incidência imediatamente após o decurso do prazo razoável para o cumprimento da decisão eventualmente fixado pelo juiz. Caso seja interposto agravo de instrumento e este venha a ser recebido com efeito suspensivo, há a suspensão do efeito da decisão interlocutória que antecipou os efeitos da tutela, o que fatalmente alcança a multa coercitiva que também ficará suspensa.

No caso de cominação de multa na sentença, sua incidência dependerá da interposição do recurso de apelação e dos efeitos em que este é recebido. Obviamente, se não interposta a apelação, a multa passa automaticamente a fluir com o término do prazo recursal. Interposta a apelação e sendo esta recebida nos dois efeitos, devolutivo e suspensivo, tanto a sentença quanto a multa permanecem com a eficácia suspensa. Se a apelação for recebida apenas no efeito devolutivo, a sentença e a multa produziram seus efeitos desde logo.

A multa deixa de incidir quando o autor cumpre a decisão judicial, porém em alguns casos mesmo sem o cumprimento da decisão a multa deve parar de fluir, o que ocorre quando o autor opta pela tutela ressarcitória, recebendo o equivalente pecuniário, havendo nesta hipótese a alteração da própria forma de tutela do direito. A incidência da multa também cessa quando se torna impossível realizar a tutela específica do direito, no caso, por exemplo, de uma obrigação de não fazer em que o dever do réu é quedar-se inerte e não realizar a conduta, caso ele pratique a conduta não há mais sentido que a multa permaneça incidindo.

Outra hipótese de interrupção da incidência da multa é quando ela se mostra um meio executivo inidôneo para a tutela do direito. É cediço que para a prestação da tutela do direito, o sistema executivo do artigo 461 do Código de Processo Civil concebe uma variedade de meios executivos. Em face disso, cumpre ao julgador verificar a razoabilidade de cada instrumento em face do caso concreto. Não sendo mais aplicável a multa, seja por não

gerar a intimidação que se buscava, seja pela impossibilidade do cumprimento *in natura*, o juiz deve de ofício substituir o meio executivo primitivo por outra medida. Se optar por utilizar as medidas de apoio sub-rogatórias, cessará a aplicação da multa coercitiva, todavia, o montante até então acumulado permanecerá devido, devendo ser cumulado com o valor despendido com as medidas de apoio do § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

A propósito, no tocante às vantagens devidas ao credor, juntamente com a indenização das perdas e danos, se somará o valor da multa desde sua primeira incidência até a cessação, assim como os valores necessários para o custeio das medidas de apoio.

A cobrança do valor derivado da incidência da multa seguirá o procedimento de execução por quantia certa, já que se trata de prestação pecuniária, seja a multa fixada em sentença ou em decisão interlocutória, a sua execução fundar-se-á em título judicial, limitando-se os embargos às matérias do artigo 741 do Código de Processo Civil.

Existe controvérsia doutrinária sobre o momento em que a multa poder ser exigida e cobrada pelo credor. Alguns doutrinadores, como Talamini e Didier entendem que a multa é exigível assim que a decisão que a impôs se torne eficaz, ou seja, quando não caiba mais recurso com efeito suspensivo.

Desta forma, caberia a execução provisória do crédito decorrente de multa fixada em tutela antecipada, que ficaria condicionada à vitória do beneficiário da multa, porque para eles a inexecutibilidade imediata da multa que acompanha a tutela antecipada, retiraria boa parte da eficiência concreta do meio coercitivo e, conseqüentemente, das próprias chances de sucesso da antecipação, pois não haveria ameaça de afetação imediata ao patrimônio do réu. Se ao final do processo se concluir que o autor não tinha razão e por isso não tinha direito à tutela específica, o crédito derivado da incidência da multa restará sem efeito, havendo a perda do objeto da execução provisória eventualmente iniciada.

Se o beneficiário da multa teve o seu direito à tutela específica negado após o

trânsito em julgado da sentença, como ocorre, por exemplo, na ação rescisória, o crédito eventualmente executado e satisfeito, deverá ser devolvido ao vencedor, uma vez que a multa não vem resguardar a autoridade judicial, nem punir, a multa serve para resguardar o direito da parte que pediu sua imposição, portanto, se ao final foi entendido que ela não tinha o direito que pretendia ver resguardado, não porque receber o valor da multa.

Já para SPADONI, (2002), a exigibilidade da multa não sofre influência da relação jurídica de direito material, para ele o que autoriza a incidência da multa é a violação de uma ordem do juiz, a violação de uma obrigação processual, e por conta disto o referido autor sustenta a possibilidade de execução imediata e definitiva do montante da multa, independentemente do resultado final do processo.

MARINONI, (2006), por outro lado, aduz que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão final e desde que esta confirme a antecipação em que se cominou a medida coercitiva, entende o autor que a coerção pretendida pela imposição da multa está na ameaça de pagamento e não na sua cobrança imediata, razão pela qual não caberia execução provisória, nem tampouco definitiva antes do trânsito em julgado.

8. VALOR DA MULTA

O objetivo da multa é concretizar as decisões judiciais, infundindo ameaça de prejuízo patrimonial ao credor, desta forma sua fixação deve ser feita com base em critérios que lhe permitam atingir o seu fim, que é, sobretudo, garantir a efetividade da tutela jurisdicional do direito. Por esse prisma, o valor da multa deverá sempre ser estipulado em montante capaz de causar ao devedor a convicção de que adimplir é a melhor opção e a menos onerosa. O devedor ao sopesar as duas alternativas, quais sejam manter-se inerte e arcar com os valores da multa ou cumprir o dever imposto pela decisão judicial, deve concluir que

satisfazendo o credor evitará a diminuição em seu patrimônio que a multa acarreta.

Antes da edição do Código de Processo Civil de 1973, entendia-se que a cominação pecuniária não poderia exceder o valor da prestação a qual estava vinculada, havendo previsão expressa nesse Código de 1939, porém tal previsão não foi repetida pelo atual Código. Nesse âmbito de discussão, deve ficar claro que o critério de suficiência ou de compatibilidade com a obrigação não induz a que a multa encontre teto no valor da obrigação, a multa cominada destina-se a incidir enquanto permaneça descumprida a obrigação, não havendo que se cogitar de limite relacionado com o valor da obrigação, já que a função da medida não é reparatória, mas puramente coercitiva. O valor das astreintes também não encontra limite no valor do dano, até porque sua incidência prescinde da ocorrência deste.

A multa processual não se confunde com a cláusula penal contratualmente fixada, de modo que não lhe é aplicável o artigo 412 do Código Civil, ou seja, o valor da multa não se limita ao montante da obrigação.

Conclui-se que não há um teto para o valor da multa cominatória, uma vez que se trata de penalidade que deve ser paga até o efetivo cumprimento da obrigação, se fosse estabelecido um teto limite para o valor total alcançado pelas astreintes, teríamos que admitir que elas possuem uma eficácia limitada no tempo. Assim, após alcançarem o referido limite, não exerceriam mais qualquer pressão sobre o devedor recalcitrante, o que levaria ao necessário abandono da coerção pela multa e deveria o magistrado adotar, se possível, outra medida coercitiva ou até a execução por sub-rogação, desprestigiando a tutela específica e indo na contramão das reformas ocorridas no direito processual brasileiro.

Isso não significa dizer que o judiciário não possa controlar o montante atingido por força da incidência da multa, o que não é possível é determinar um limite preestabelecido para a incidência desta, sendo possível sua adequação posterior à sua incidência quando isto for necessário pelas circunstâncias.

O magistrado na graduação da multa deve levar em conta a capacidade patrimonial do obrigado, pois sendo a multa uma maneira de pressioná-lo a cumprir o mandado judicial, só uma pressão bem graduada pode ser eficaz a ponto de alcançar o resultado desejado. A capacidade econômica compreende tanto o poder de gasto do obrigado, quanto o seu patrimônio, pois qualquer deles pode servir de base para a fixação do valor da multa.

O juiz não fica vinculado ao valor da multa indicado pelo autor na petição inicial, podendo fixá-la consoante o seu prudente arbítrio, atento às peculiaridades do caso concreto e, também, ao princípio da proporcionalidade e aos seus sub-princípios, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Dada a natureza da multa e a função que ela cumpre no processo, mesmo aquele que litiga sob o pálio da justiça gratuita, tanto quanto qualquer devedor recalcitrante está sujeito a incidência da multa, porque pensar o contrário retiraria toda força coercitiva da mesma e todos aqueles beneficiados pela gratuidade de justiça poderiam descumprir tranquilamente suas obrigações, o que não é a intenção do legislador. Até porque a imposição da multa a quem ganha pouco pode até ser mais eficaz e produzir maior efeito construtivo do que a quem ganha muito.

O caráter coercitivo da multa, que não admite limitação se contrapõe à expressa disposição contida nas leis que instituíram os Juizados Especiais, que determinam o limite de valor nas causas ali julgadas, bem como a renúncia do saldo excedente, conforme artigos 3º, §3º da Lei 9.099/95 c/c artigo 1º da Lei 10.259/01.

A matéria por um bom tempo não foi pacífica no âmbito jurisprudencial, contudo hoje parece consolidado o entendimento de que a multa periódica aplicada no âmbito dos Juizados Especiais pode superar o valor de alçada previsto para as causas lá decididas, e seu valor não se submete à renúncia do autor ao crédito excedente, devendo a execução da multa ocorrer perante o próprio Juizado Especial. Isto porque as decisões e sentenças proferidas no

Juizado Especial têm o mesmo valor das oriundas de processos que tramitam na vara cível, constituindo títulos judiciais, não podendo receber técnicas de coerção menos hábeis ou eficazes.

O § 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil reconhece que o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que esta se tornou insuficiente ou excessiva, isso permite ao magistrado controlar a adequação e a exigibilidade da multa imposta, que deve sempre guardar relação com a situação fática existente, uma vez que a natureza da multa é coercitiva e não punitiva.

Desta forma, o juiz poderá aumentar o valor ou a periodicidade da multa, ou até mesmo ambos, se verificar que estes se tornaram insuficientes diante da insistência do réu em não cumprir o comando judicial, ou então reduzi-los, se verificar que se tornaram excessivos. Podendo, inclusive revogar a multa e aplicar outra medida de apoio, tudo isso em busca da eficácia da medida coercitiva escolhida.

O entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que a alteração só pode ocorrer quando houver alteração na situação fática, não havendo que se falar em ofensa à coisa julgada, uma vez que a sentença que fixa o valor da multa diária é revestida pela cláusula *rebus sic standibus*, isto é, enquanto os fatos permanecerem do mesmo modo em que se encontravam no momento em que foi prolatada a sentença a multa não pode ser modificada, caso contrário poderá haver a modificação, já que é preciso que a medida coercitiva adotada esteja em constante sintonia com o caso concreto para que seja realmente capaz de exercer pressão psicológica no demandado, induzindo-o a cumprir o seu dever.

Outra controvérsia apresentada pela doutrina diz respeito à possibilidade da diminuição ou aumento retroativo do valor da multa. A primeira corrente defendida por CÂMARA, (2005) e TALAMINI, (2003) afirma que o magistrado não pode reduzir retroativamente a multa porque o valor já estaria incorporado ao patrimônio do credor e nem

poderia aumentar retroativamente a multa por respeito ao princípio da não surpresa. Para esta corrente a multa só poderia ser revista com efeitos *ex nunc*.

Corrente diversa diz ser possível a redução retroativa, mas não o aumento retroativo em virtude do princípio da não surpresa. A jurisprudência, via de regra, admite a redução retroativa da multa em razão dos princípios da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa.

9. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E “INDÚSTRIA DA MULTA”

O enriquecimento sem causa do credor pode ocorrer nos casos em que a multa incide durante um longo período, em virtude da recalcitrância do devedor em adimplir com sua obrigação e da insistência do autor em obter a tutela específica da obrigação, não optando pela sua conversão em perdas e danos.

Muitas vezes o credor fica inerte porque deixa de querer na realidade o adimplemento da obrigação pelo devedor, uma vez que se a multa continuar incidindo, terá direito a receber um valor pecuniário muitas vezes superior ao valor da obrigação, é a chamada “indústria da multa”, havendo um desvirtuamento do instituto das astreintes, já que a intenção do credor passa a ser o recebimento do valor da multa e não o cumprimento da tutela específica.

A doutrina diverge quanto à solução desse problema, alguns doutrinadores entendem que não é possível ao determinar a cominação da multa, estabelecer desde logo um período fixo de tempo dentro do qual ela incidirá, uma vez que isso retiraria a eficácia da medida coercitiva.

Porém, a multa não pode incidir indefinidamente, logo, cabe ao juiz, diante do caso concreto verificar que a fixação da multa não atingiu sua finalidade, sendo, portanto, uma

medida inadequada devendo o magistrado fazer cessar sua incidência de ofício, buscando outra medida de apoio eficiente ou até convertendo em perdas e danos diante da impossibilidade da tutela específica.

Note-se que a multa tem caráter coercitivo, não serve para reparar o dano e nem para punir o devedor inadimplente, para tanto o Código de Processo Civil em seu artigo 14, parágrafo único prevê a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, que seria uma verdadeira punição por desobediência no âmbito do processo civil.

Existe posicionamento doutrinário defendido por Didier no sentido que o direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas – *duty to mitigate the loss* – que decorre do princípio da boa fé, “sendo um dos deveres anexos que o tratamento cooperativo do vínculo obrigacional impõe ao credor. Ao não diligenciar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, o credor cometeria abuso de direito, ferindo, portanto, o princípio da boa fé”. DIDIER, (2009, p. 457).

Assim, o credor, ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, estaria se comportando abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implicaria na perda do direito ao valor da multa – *supressio* – em relação ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito.

A jurisprudência pátria vem admitindo a diminuição do valor da multa a fim de evitar o enriquecimento sem causa do credor.

CONCLUSÃO

O dogma da incoercibilidade da vontade humana foi por muito tempo um entrave intransponível à possibilidade de coagir a vontade do demandado, fazendo prevalecer a idéia de que o juiz não poderia emitir ordens, muito menos empregar meios de pressão psicológica

a fim de alcançar o cumprimento da prestação necessária à tutela do direito, por isso havia uma estreita vinculação entre condenação e execução por sub-rogação, deixando à margem da proteção jurisdicional uma série de direitos que não podiam ser tutelados mediante o ressarcimento em dinheiro.

Pouco a pouco, as transformações do Estado e da própria sociedade fizeram crescer a necessidade de técnicas processuais condizentes com o cenário histórico contemporâneo e com os novos direitos, muitos dos quais dependentes de proteção por intermédio de ordens de fazer e de não fazer.

No direito processual brasileiro, a partir da reforma de 1994, sedimentou-se a noção de sincretismo processual, isto é, aceitação de que o processo deve contemplar, em uma só etapa, a fusão entre reconhecimento e atuação do direito, rompendo-se com a falsa idéia de que a solução dos conflitos de interesse pode ser alcançada com o mero reconhecimento do direito.

O artigo 461 do Código de Processo Civil acabou por munir o juiz de poderes para criar condições, dentro do processo, para que ao réu pareça mais vantajoso cumprir a prestação na forma específica do que se submeter às sanções decorrentes de sua renitência. A multa prevista neste dispositivo tem exatamente a função de desestimular o descumprimento das ordens judiciais mediante a ameaça de sanção pecuniária.

As astreintes, portanto, configuram uma técnica processual indispensável para a tutela de vários direitos que dependem de prestações de conduta, isto é, prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. Naturalmente, como a multa consiste em um meio executivo, sua aplicação sofre influxo direto do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

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.

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

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume II. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume 1. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Volume 5. Salvador: Juspodivm, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *O novo processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FUX, Luiz. *O Novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041013A_legitimidade_da_atuacao_do_juiz.pdf> Acesso em 17 jun. 2010.

PASSOS, Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca. A indústria da multa e a necessidade de uniformizar. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.11, nº 43, 2008.

PASSOS, Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca. Métodos de cumprimento da tutela específica. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.11, nº 42, 2008.

RAIMUNDO, Leandro Silva. *A efetividade do processo e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*: Notas sobre o sincretismo processual. **Jus Navigandi**, Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5276>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e a 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.

WAMBIER, Luiz Rodrigues – (Coord.). *Curso avançado de processo civil*: execução. Volume 2, 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.