



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Atual Entendimento Acerca das *Astreintes* Como Causa do Crescente Aumento no Descumprimento das Decisões Judiciais

Olívia Moura Pilotto Assis

Rio de Janeiro
2011

Olívia Moura Pilotto Assis

O Atual Entendimento Acerca das *Astreintes* Como Causa do Crescente Aumento no Descumprimento das Decisões Judiciais

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

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof.^a Kátia Silva

Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

O ATUAL ENTENDIMENTO ACERCA DAS *ASTREINTES* COMO CAUSA DO CRESCENTE AUMENTO NO DESCUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Olívia Moura Pilotto Assis

Graduada pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito Civil, Empresarial e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo: A maioria das demandas em curso nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro versa sobre relação de consumo, onde os réus se repetem. Há, ainda, sentenças favoráveis aos consumidores que não são cumpridas; fixa-se multa pelo descumprimento, mas, após atingirem determinado patamar, mesmo não coagindo o devedor a agir, na prática o que se vê é a redução desse valor acumulado. Esse panorama resulta no descrédito do Poder Judiciário como solucionador dos conflitos. Pretende-se com este trabalho propor outro tratamento às *astreintes*, visando a reduzir o índice de descumprimento das decisões judiciais e a reincidência de comportamentos reprovados pelo ordenamento jurídico Pátrio, tendo em vista a primazia da boa-fé objetiva em todas as relações jurídicas.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. *Astreintes*. Multa. Coercitiva. Sentença. Descumprimento.

Sumário: Introdução. 1. Noções Gerais. 1.1 Origens do Instituto. 1.2 Conceito e Natureza Jurídica. 2. Aplicação. 2.1. Hipóteses de Cabimento. 2.2. Momento de Fixação. 2.3. Destinatário da Multa. 2.4. Valor, Periodicidade e Possibilidade de Aumento e Redução. 3. Enriquecimento Sem Causa. 3.1. Conceito. 3.2. Não Configuração do Enriquecimento Sem Causa Pelo Recebimento da Multa. Conclusão. Referência Bibliográfica.

INTRODUÇÃO

Ao observar a situação atual dos processos em curso nos juizados especiais cíveis do Estado do Rio de Janeiro, conclui-se que a maioria das demandas versa sobre relação de consumo e que os réus se repetem. Verifica-se, também, que algumas sentenças favoráveis

aos consumidores não são cumpridas e que as multas diárias, apesar de não terem coagido o réu a agir, ainda assim são reduzidas. O resultado desse panorama é a descrença da população no Poder Judiciário como instrumento de solução dos conflitos.

A multa coercitiva é tratada pela doutrina brasileira e pelos Tribunais Superiores como mera medida coercitiva, sendo-lhe negado caráter punitivo e, por fim, acaba tendo o seu montante reduzido, mesmo quando não tenha obtido sucesso em constranger o devedor ao adimplemento da obrigação, sob o argumento de desta forma evitar-se o enriquecimento sem causa do credor.

O presente artigo abordará o surgimento das *astreintes* no Direito e assuntos pontuais, tais como a possibilidade do ordenamento jurídico Pátrio adotar as *astreintes* como sanção pela inércia do devedor, considerando seu caráter educativo; a permissão da incidência da multa até o efetivo adimplemento da obrigação e sua desvinculação do instituto do enriquecimento sem causa e como evitar que essa incidência facilite fraudes, para, ao final, estudar as hipóteses de cabimento da multa e a melhor maneira de fixá-la, caso a caso.

O objetivo deste trabalho é propor a adoção de outro tratamento às *astreintes*, visando, assim, a reduzir o índice de descumprimento das decisões judiciais e a reincidência de comportamentos reprovados pelo ordenamento jurídico, tendo em vista a primazia da boa-fé objetiva em todas as relações jurídicas.

A relevância teórica e prática desse estudo está na realidade enfrentada pelos consumidores, que sofrem diversos prejuízos com o atuar negligente de certas empresas que estão se mantendo, ano após ano, na lista - publicada pelo próprio Tribunal de Justiça - das trinta mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Cumpre ressaltar que algumas dessas empresas prestam serviços essenciais para o respeito ao valor constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – energia elétrica, água e esgoto. As demais

prestam serviços necessários para o cotidiano dos consumidores, são serviços de telefonia, bancários e de crédito.

A importância dos serviços prestados por tais empresas e a dimensão dos transtornos causados por eventuais falhas nessa prestação, justificam o estudo de meios mais eficazes para impedir ou, pelo menos, reduzir a ocorrência dessas falhas e é o que se pretende apresentar ao final.

1. NOÇÕES GERAIS

1.1. ORIGENS DO INSTITUTO

As sociedades se desenvolvem, principalmente, através de relações jurídicas ou fáticas, firmadas entre seus membros, razão pela qual sempre se revelou importante garantir que as obrigações assumidas em tais relações fossem cumpridas. Partindo dessa premissa, o direito foi buscando mecanismos para a execução dessas obrigações.

No Direito Romano, em um primeiro momento, as medidas para o cumprimento coercitivo das obrigações recaíam diretamente sobre a pessoa do devedor e não sobre o seu patrimônio, ou seja, a execução era pessoal, a chamada *manus injectio*.

Posteriormente, a execução passou a recair sobre os bens do devedor e não mais sobre o seu corpo, mas para tanto, era necessário que o credor submetesse a questão ao julgamento de um jurista. Caso o devedor permanecesse inerte, caberia ao credor mover outra ação, desta vez para executar a decisão do juiz, daí sua nomenclatura *actio iudicati*.

No Direito Francês, com o fim da Revolução Francesa e a edição do Código de Napoleão, o Estado evitava interferir nas relações firmadas entre particulares, de tal sorte que o devedor, na prática, poderia optar entre cumprir a obrigação de fazer ou não fazer que

assumira ou pagar o equivalente em pecúnia, pois não havia sanção e o Estado não interferia na propriedade. Diante desse quadro, no início do século XIX, nascem as *astreintes*, instituto através do qual o juiz impõe o pagamento de certa quantia em dinheiro às hipóteses de inadimplemento das obrigações.

No ordenamento jurídico Brasileiro, o instituto das *astreintes* já era aplicado antes mesmo de sua positivação do Código de Processo Civil.

A possibilidade de o juiz aplicar a multa surge em 1985, a partir da previsão legal trazida pelo artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85); também teve - e ainda tem - previsão legal no artigo 39 da Lei nº. 7.646/87; artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90); artigo 84, §4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), sendo aplicada na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, permitindo ao juiz estabelecer multa diária pelo descumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, independentemente de pedido do credor; e no artigo 62 da Lei nº. 8.884/94.

Somente a partir de 1994, com o advento da Lei nº. 8.952 – Reforma de 1994, que o instituto das *astreintes* passou a ter previsão expressa no Código de Processo Civil, artigo 461, §4º. Vale destacar que, apesar da origem francesa, o legislador brasileiro não adotou a terminologia “*astreintes*”, mas sim “multa diária”.

1.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Uma vez estabelecida a origem das *astreintes*, o próximo importante passo a ser tomado é definir o seu conceito e a sua natureza jurídica.

Segundo Alexandre Freitas Câmara¹, a *astreintes* pode ser conceituada como a multa periódica, imposta pelo juiz pela demora no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, tendo como principal objetivo pressionar psicologicamente o devedor a cumprir com a sua prestação.

Em outras palavras, o juiz - antes mesmo de ocorrer o descumprimento de uma obrigação - poderá estipular uma multa para essa hipótese, de tal sorte que o devedor se sinta estimulado a cumpri-la de forma voluntária.

A partir do conceito acima se pode concluir que a *astreintes* tem natureza jurídica de multa. Trata-se de multa coercitiva prevista em diversas legislações esparsas e, desde 1994, regulada pelo Código de Processo Civil nos artigos 461, §4º e 645.

O instituto da *astreintes* tem caráter coercitivo, seu único objetivo é compelir o devedor a cumprir a obrigação assumida ou imposta. Logo, a multa não tem caráter indenizatório e nem punitivo.

A *astreintes* não tem caráter indenizatório porque não visa ao ressarcimento do credor por uma perda e nem por eventual dano sofrido. Tanto é verdade que o próprio Código de Processo Civil, no artigo 461, §2º, permite que a multa coercitiva seja cumulada com as perdas e danos. As perdas e danos, estas sim possuem caráter indenizatório, pois conforme preconiza o artigo 402 do Código Civil de 2002, vão abranger o que o credor efetivamente perdeu e aquilo que ele deixou de ganhar.

A multa não goza de caráter punitivo, pois não visa a punir o devedor. O devedor, a se ver obrigado ao pagamento da referida multa, pode até sentir-se punido, mas o verdadeiro intuito da multa é meramente coercitivo. É convencer o devedor de que a sua melhor opção é cumprir a obrigação da forma pactuada ou imposta, diante de sua menor onerosidade.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v.2. p. 256.

O instituto da *astreintes* não se confunde com a pena imposta àquele que atenta contra a dignidade da justiça ou atua com má-fé no processo, podendo ser com elas cumuladas.

O parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz fixar multa de até 20% do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta da parte que deixar de cumprir com exatidão os proventos mandamentais e criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. É a chamada multa da *contempt of court*, imposta aos que se portam de forma atentatória à dignidade da justiça e tem caráter puramente sancionatória.

A multa imposta ao litigante de má-fé está prevista nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil e, possui caráter tanto sancionatório quanto indenizatório. Tem caráter de sanção, pois o juiz poderá apenar o litigante de má-fé ao pagamento de multa em valor não excedente a 1% sobre o valor da causa. E indenizatório, já que o juiz o condenará a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta tiver sofrido mais o pagamento de honorários advocatícios e todas as demais despesas que tiver efetuado.

Outra evidência de que a multa não tem caráter punitivo é o fato de o Código de Processo Civil prever no *caput* de seu artigo 475-J que, caso o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já liquidada, não efetue o pagamento no prazo de 15 dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10%. Essa multa sim tem caráter punitivo, visa puramente punir aquele que não efetua o pagamento da condenação dentro do prazo.

Assim, tem-se que a *astreintes* é um meio de coerção e, atualmente é o meio de coerção mais adotado pelo Direito Brasileiro.

Vale ressaltar que a execução pode ocorrer de duas formas, dependendo do meio adotado. A execução pode se dar por sub-rogação ou de forma indireta.

Na execução por sub-rogação, o Estado substitui a vontade do devedor e satisfaz o direito do credor, como ocorre, por exemplo, na penhora de bens.

Enquanto que na execução indireta o Estado não substitui a vontade do devedor. A atuação do Estado será voltada a estimular o devedor a cumprir de forma voluntária a sua obrigação, como ocorre, por exemplo, com a ameaça de aplicação da multa diária.

Cabe fazer outra distinção: meio de coerção e meio executivo não são sinônimos. Os meios executivos atingem apenas o patrimônio do devedor e podem ser tanto de sub-rogação quanto de coerção.

Os meios executivos de sub-rogação são aqueles fixados pelo juiz que visam diretamente ao cumprimento da obrigação, como, por exemplo, a penhora dos bens do devedor.

Enquanto os meios de coerção, de acordo com Rodolfo Kronenberg Hartmann²:

Já os meios de coerção, também chamados de “execução indireta”, por si só não garantem o cumprimento da obrigação, pois não tem o seu foco na mesma e sim na vontade do devedor da prestação. É que, nestes casos, a finalidade é estimular o cumprimento da obrigação pelo próprio executado, o que é indicativo de que o campo de incidência das mesmas é, usualmente, nas obrigações de fazer ou não fazer.

Então, os meios de coerção seriam uma espécie do gênero meio executivo. Afirmção esta da qual Alexandre Freitas Câmara³ discorda, pois para ele os meios de coerção não são meios executivos, ainda que utilizados no processo de execução e na fase de cumprimento de sentença, uma vez que seriam apenas meios para o exercício de pressão psicológica sobre o executado, de forma a convencê-lo a cumprir a prestação devida.

Fredie Didier Jr.⁴ não se manifesta sobre esse ponto - se a *astreintes* é ou não meio de execução, afirmando, apenas, que a multa é uma medida coercitiva passível de ser imposta com o intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma obrigação.

² HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A execução civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 176.

³ CÂMARA, *op. cit.* p. 255.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. *Curso de direito processual civil*. Salvador, BA: Jus Podvm, 2009. v.5. p. 442.

Entendimento unânime na doutrina (Câmara⁵, Daniel Amorim⁶, Didier⁷ e Marinoni⁸) e na jurisprudência é que a finalidade das *astreintes* é compelir o devedor a cumprir com a sua obrigação, através de pressão psicológica, exercida pela ameaça de ver seu patrimônio atingido.

2. APLICAÇÃO

2.1. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Como meio de coerção que é a *astreintes*, normalmente ela pode ser fixada pelo juiz, tanto através de decisão interlocutória, quanto por sentença condenatória que imponha ao devedor o cumprimento de uma obrigação de dar coisa certa ou incerta, de fazer ou de não fazer e ainda de entregar coisa.

É possível que a multa tenha incidência ainda que se trate de uma obrigação fungível, ou seja, aquela que poderia ser prestada, cumprida por um terceiro, pois conforme elucidada Luiz Guilherme Marinoni⁹, diante do atual contexto da justiça civil e das relações sociais, não haveria motivo para entender a execução forçada pelo Estado como mais adequada do que a execução sob pena de multa, já que esta seria mais rápida, barata e simples.

Cumprir destacar que existe entendimento doutrinário em sentido contrário adotado por Humberto Theodoro Júnior¹⁰, sob o argumento de que as obrigações que podem ser

⁵ CÂMARA, *op. cit.* p. 256.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 948.

⁷ DIDIER JÚNIOR, *op. cit.* p. 442.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3. p. 76.

⁹ MARINONI, *op. cit.* p. 78-79.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, 2001. Artigo – Revista de Direito Comprado Luso-Brasileiro nº. 20, 2001. Disponível em <<http://www.idclb.com.br>>. Acesso em 05.04.2011. p. 12.

cumpridas por um terceiro não necessitariam de coerção, pois não dependeriam da vontade do devedor para serem cumpridas. Esse entendimento é minoritário.

Não existe vedação legal à fixação da multa diária para coerção do cumprimento das obrigações de pagar, entretanto, o ordenamento jurídico possui mecanismos mais eficazes voltados para esse fim, como por exemplo, o instrumento da penhora *online*. Razão pela qual, na prática, não se observa o uso do instituto das *astreintes* com essa finalidade.

Por fim, vale destacar que parcela minoritária da doutrina capitaneada por Vicente Greco Filho¹¹, sustenta a impossibilidade de aplicação da multa em face da Fazenda Pública, ao argumento de que como não seria atingido o patrimônio do próprio agente público, a multa não estaria cumprindo o seu papel de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir com a sua obrigação.

Entretanto, segundo o Superior Tribunal de Justiça e a maioria da doutrina, não há que se falar em impossibilidade, pois o agente público como representante da Fazenda Pública deve zelar pelo seu patrimônio.

2.2. MOMENTO DE FIXAÇÃO

O sistema Brasileiro de processo civil era dualista, ou seja, instaurava-se um processo de conhecimento, no qual se pretendia obter o reconhecimento ou não de um direito através da prolação de sentença. Se essa sentença fosse cumprida de forma voluntária, finda estaria a atuação jurisdicional.

Caso contrário, não sendo a sentença cumprida de forma voluntária, era necessária a instauração de um processo de execução com base no título executivo judicial – a sentença.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3. p. 69.

Existia, ainda, a hipótese de processo executivo autônomo, quando a intenção fosse a de executar um título executivo extrajudicial.

Atualmente o processo é sincrético, o que significa dizer que o processo é uno, porém dividido em fases. Tem-se uma fase de conhecimento e, após a sentença, se necessária, instaura-se a fase de cumprimento de sentença.

A fase de conhecimento é idêntica à que já era adotado pelo processo de conhecimento, logo, nessa fase a parte pretende reconhecer ou não a existência de um direito e o que hoje chamamos de fase de cumprimento de sentença, nada mais é do que a execução desse título judicial, quando não cumprido de forma voluntária. Permanecendo a possibilidade de ajuizamento de ação executiva autônoma quando a intenção for a de executar um título extrajudicial.

O artigo 287 do Código de Processo Civil autoriza ao autor pleitear, desde a petição inicial, a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela.

Dessa forma, a multa cominatória poderá ser fixada desde a fase de conhecimento, assim como era possível a sua fixação no processo de conhecimento, com o intuito de compelir o devedor, ora réu, a cumprir de forma voluntária e tempestiva o comando da decisão que antecipar a prestação da tutela, seja ela uma obrigação de fazer ou não fazer e/ou de dar coisa certa ou incerta.

O instituto das *astreintes*, com muito mais certeza, também poderá ser adotado na fase executiva, seja ela uma fase de cumprimento de sentença ou um processo executivo autônomo. Isso porque é essencialmente nessas fases que surge para o devedor a efetiva obrigação de cumprir o comando da decisão jurisdicional.

Predomina, portanto, sua natureza executiva, pois é fixada com o objetivo de garantir, assegurar, que a decisão judicial seja cumprida.

Cabe ainda destacar que em alguns casos, o juiz poderá fixar a multa coercitiva de ofício, ou seja, independente de pedido do Autor, pois está dentro do seu poder geral de cautela adotar os meios que entender necessários e suficientes para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Sendo possível, inclusive, a sua imposição de forma antecipada. O Juiz, ao impor ao réu o cumprimento de uma obrigação dentro de certo prazo, já pode, desde logo, fixar a multa cominatória que incidirá na hipótese de descumprimento.

Não há necessidade de aguardar o descumprimento da obrigação para aplicá-la, o descumprimento é apenas a causa de sua incidência.

2.3. DESTINATÁRIO DA MULTA

Em primeiro lugar, para definir quem é o destinatário da multa, é preciso considerar a natureza jurídica da multa cominatória. Dessa forma, é preciso ter em mente que a multa coercitiva não possui qualquer caráter indenizatório, pois, conforme já explanado, ela não tem como finalidade restituir ou restabelecer o *status quo ante* do credor.

Durante muito tempo houve confusão entre as *astreintes* e o ressarcimento do dano, apesar das marcantes diferenças entre os dois institutos. Esclarece Marinoni¹²:

É claro que, quando se faz confusão entre ressarcimento e multa, está se pensando em ressarcimento pelo equivalente em pecúnia, e não em ressarcimento na forma específica, ou seja, naquele que se dá mediante um fazer ou de entrega de coisa em substituição à destruída.

Hoje, é pacífico o entendimento de que a multa coercitiva tem natureza de multa.

Nesse mesmo sentido, tem-se a lição de Fredie Didier Jr.¹³ ao afirmar que a multa, *astreintes*, possui caráter coercitivo e não indenizatório. Para a maioria da doutrina, nem mesmo possui caráter punitivo.

¹² MARINONI, *op. cit.* p. 76.

Alexandre Freitas Câmara¹⁴ também se preocupa em fazer a distinção entre os dois institutos. Afirma que as *astreintes* se diferenciam das perdas e danos, uma vez que estas possuem a finalidade de constranger o devedor a realizar a prestação devida, enquanto a função das perdas e danos é reparar um dano causado pelo não cumprimento de uma obrigação.

Ressalta, ainda, que o próprio Código de Processo Civil diferencia os dois institutos ao permitir, no artigo 461, §2º, o recebimento cumulado dos valores devidos pela indenização por perdas e danos com o valor da multa.

Dessa forma, conclui-se que o destinatário da multa é, em regra, o devedor, pois a multa se presta a constrangê-lo a cumprir a prestação devida.

Admite-se, entretanto, que o destinatário da multa seja o próprio credor da obrigação – demandante, nos casos em que o demandado formule pedido contraposto, nas reconvenções e nas ações de natureza dúplice, pois nestas hipóteses o credor será parte autora da demanda e ao mesmo tempo parte ré, devedor.

Diante da relevância do assunto, vale destacar mais uma vez que a multa coercitiva não se confundirá com a multa devida pelo *contempt of court*, ou seja, a *astreintes* não se confunde com a multa devida por ato atentatório à dignidade da justiça prevista pelo artigo 14, inciso V e parágrafo único do Código de Processo Civil. Tanto é verdade que as duas multas podem coexistir num mesmo processo.

Como destinatário da multa, caberá ao devedor o pagamento da multa imposta, mas daí surgem os seguintes questionamentos: A quem o devedor pagará a multa? Quem será beneficiado? Como ela é imposta pelo Poder Judiciário, que atua em nome do Estado, deverá a multa ser revertida em favor do próprio Estado? Deverá ser paga ao credor, já que foi este quem suportou o retardo no cumprimento da obrigação que lhe era devida?

¹³ DIDIER JÚNIOR, *op. cit.* p. 443.

¹⁴ CÂMARA, *op. cit.* p. 256.

No sistema processual civil adotado pelo Brasil, o valor da multa deve ser revertido em favor do demandante, credor, conforme previsão legal constante no artigo 461 do Código de Processo Civil.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵, ao tratar do tema, chega a falar que quando a multa não surte os efeitos pretendidos – constranger o devedor a pagar a obrigação de forma voluntária – surge para o credor um direito de crédito no valor da multa fixada.

Essa orientação, apesar de pacífica, sofre crítica por parte minoritária da doutrina.

Marinoni¹⁶ admite que no Direito Brasileiro o valor da multa é revertido em favor do demandante, mas entende que valor da multa deveria ser revertido em favor do Estado, como ocorre no Direito Alemão. O supracitado doutrinador sustenta que como o objetivo da multa é assegurar o cumprimento de uma decisão judicial, caberia ao Estado receber o valor obtido pela aplicação da multa, por ser quem está por detrás do benefício.

Daniel Amorim¹⁷ também não concorda com a opção feita pelo legislador, considerando que o artigo 461, §2º do Código de Processo Civil não veda a cumulação da multa coercitiva com a indenização por perdas e danos.

2.4. PERIODICIDADE, VALOR E POSSIBILIDADE DE AUMENTO E REDUÇÃO

Em que pese doutrina e jurisprudência comumente tratarem do instituto das *astreintes* como multa diária, a *astreintes* pode ser fixada em periodicidade diária, semanal, mensal, por hora, em um valor único, enfim, a periodicidade vai ser determinada de acordo com a natureza da obrigação cujo cumprimento se pretende assegurar.

¹⁵ NEVES, *op. cit.* p. 949.

¹⁶ MARINONI, *op. cit.* p. 76-78.

¹⁷ NEVES, *op. cit.* p. 950.

Por exemplo, nas obrigações de não fazer, se abster de cobrar, de emitir faturas, cobranças etc, o ideal é que a multa seja fixada por ato violador do comando jurisdicional e não na modalidade diária, pois o devedor não estará diariamente descumprindo a ordem.

Nos exemplos dados, a violação ao comando ocorreria no momento da cobrança e no momento de emissão da fatura.

Nas obrigações de fazer urgentes, consistentes, por exemplo, em permitir internação em CTI, realização de procedimentos cirúrgicos em atendimentos de urgência, etc, a atuação mais eficaz é estabelecer uma multa única e em valor elevado por ato de descumprimento, tendo em vista a natureza da obrigação e a gravidade das consequências do seu descumprimento.

A conduta do plano de saúde que impede uma internação em CTI pode representar a morte daquele segurado, logo a multa tem que ter valor suficientemente elevado para constranger o devedor e de imediato permitir a internação.

Já nas obrigações de fazer, devolver, restituir, religar linha, instalar telefone, enfim, obrigações de fazer que envolvam questões menos urgentes que as tutelas de saúde, por exemplo, de fato, a multa cominatória na modalidade diária se revela mais eficaz, pois, em regra, a sentença estipula um prazo para o cumprimento da obrigação e uma vez vencido esse prazo, diariamente o devedor estará inadimplente.

Na prática, o que se observa é que a forma mais comum de fixação da multa é na modalidade diária.

Com relação ao valor da multa, este deve ser fixado pelo juiz, considerando o valor da obrigação principal, pois conforme destaca Didier¹⁸, a multa tem natureza secundária à natureza da obrigação e às condições econômicas do devedor.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, *op. cit.* p. 443.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, adotando como parâmetro as disposições trazidas pelos artigos 57 e 84, parágrafo 4º, a multa coercitiva deverá ser quantificada considerando a condição econômica do fornecedor e em valor suficiente e compatível com a obrigação.

Isso significa que o valor da multa imposta pelo descumprimento da obrigação não poderá, ou pelo menos não deveria, ser igual para o pequeno fornecedor e as grandes empresas fornecedoras de produtos ou serviços, uma vez que estas possuem maior capacidade econômica e com isso, presume-se, maior capacidade também de ter adimplido com a obrigação dentro do prazo estabelecido.

Vale destacar que o valor da obrigação principal não é fator limitador da fixação do valor da multa, podendo, esta, inclusive, ultrapassá-lo, uma vez que a sua finalidade é pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a prestação devida.

O enunciado número 144 do FONAJE¹⁹ – Fórum Nacional de Juizados Especiais – consolida essa posição ao prever que embora razoavelmente fixada pelo juiz, com a observância da condição econômica do devedor e atentando para o valor da obrigação principal mais perdas e danos, a multa cominatória não fica limitada ao teto de quarenta salários mínimos.

Dessa forma, certo é que o valor da multa não pode ser irrisório, sob pena de não alcançar o seu objetivo, assim como não poderá ser excessivamente elevado, exceto nos casos em que tal medida se justifique como nas tutelas de saúde, onde a consequência pelo descumprimento da obrigação pode ser a própria morte do credor.

O Código de Processo Civil em seu artigo 461, parágrafo 6º, prevê a possibilidade de o juiz aumentar e até mesmo reduzir o *quantum* de multa fixado, independentemente de pedido

¹⁹ FONAJE, Fórum Nacional dos Juizados Especiais. *XXVIII Encontro em Mata de São João/BA*. Disponível em <<http://www.fonaje.org.br>>. Acesso em 03.05.2011.

por parte do credor e/ou do devedor, quando verificar que este se tornou insuficiente ou excessivo.

O juiz poderá, nos termos da Lei, aumentar o valor da multa, quando entender que o valor fixado não está sendo suficiente para constranger o réu a prontamente cumprir o comando imposto pela sentença. Assim como poderá reduzir o valor arbitrado quando entender que excessivamente elevado, considerando a natureza da obrigação em questão e considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na prática, o que se observa é que diversas empresas reincidentes no descumprimento de decisões judiciais se valem desse dispositivo para reduzirem o montante de multa imposta, que - vale destacar - apenas atingiu patamar elevado por sua própria desídia, uma vez que, em regra, fixada em montante adequado.

O problema é que alguns juízes, mesmo verificando que a multa foi fixada em *quantum* adequado e que só alcançou o patamar elevado por inércia do próprio devedor, acolhem esse pleito e a reduzem. Sendo esse o comportamento que se pretende evitar, mudar, como forma de desestímulo ao descumprimento das decisões judiciais e até mesmo de prestigiá-las, pois para o jurisdicionado de nada vale um provimento judicial sem eficácia.

3. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

3.1. CONCEITO

A necessidade de vedar o enriquecimento sem causa remonta ao Direito Romano, de onde teve origem o brocardo *nemo potesi lucupletari, jactura aliena*. Ou seja, desde aquela época já havia a preocupação de não se permitir que alguém, à custa do empobrecimento de outrem, aumentasse o seu patrimônio de forma injusta.

É nesse contexto que surgem no Direito Romano as chamadas *condictiones*, com o intuito de permitir àquele que realizou um pagamento indevido, errôneo, reaver o prejuízo sofrido.

No Direito Brasileiro, ainda que o Código Civil de 1916 não trouxesse essa vedação de forma expressa, era possível a sua aplicação com base nas disposições acerca do pagamento indevido. Já o Código Civil de 2002, prevê expressamente no artigo 884, a vedação legal ao enriquecimento sem causa.

Dispõe o referido artigo que aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Através da simples leitura do artigo em comento é possível a extração dos requisitos necessários à sua configuração:

- a) O enriquecimento de alguém à custa de outrem;
- b) o empobrecimento da outra parte;
- c) ausência de justa causa para o enriquecimento.

Entende-se por enriquecimento todo e qualquer acréscimo patrimonial experimentado pelo seu detentor e por empobrecimento o contrário, ou seja, toda e qualquer diminuição de patrimônio.

Quando se fala em justa causa tem-se a ideia de que entre as partes deverá existir um vínculo jurídico. Esse vínculo, para caracterizar o enriquecimento sem causa, deve ser injusto, pois é possível o enriquecimento de alguém pelo empobrecimento de outrem tendo por trás uma causa justa e válida no ordenamento jurídico, como ocorre, por exemplo, nas doações, nas recompensas, nos prêmios lotéricos, entre outros.

Então, para que se possa considerar que o enriquecimento de alguém foi “sem causa”, certo é que o empobrecimento de outrem deve ter sido causado pela conduta ilícita daquele

que se enriqueceu, o que significa dizer que deve existir um nexo causal entre os resultados enriquecimento-empobrecimento.

Apenas para ilustrar esse nexo causal exigido, abstraindo-se das implicações do direito penal ou de outros ramos do direito, é possível observar esse vínculo causal, por exemplo, no crime de furto, alguém subtrai para si parcela do patrimônio de outro, sem uma contrapartida.

3.2. DA NÃO CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA PELO RECEBIMENTO DA MULTA

Conforme explicitado no item acima, observa-se que o legislador preferiu não definir o conceito daquilo que considera justa causa, entretanto, através da leitura do artigo supracitado, é possível extrair tal conceito.

Se para o legislador sempre que não houver justa causa para o aumento patrimonial, o valor auferido será indevido, é possível concluir, *a contrario sensu*, que estando presente a justa causa para o acréscimo patrimonial, o valor auferido será devido.

Justa causa seria então qualquer fato, ato ou negócio jurídico capaz de legitimar o acréscimo patrimonial experimentado por alguém.

É com base na premissa acima que é possível sustentar que os valores recebidos pelo credor a título de aplicação de multa diária imposta ao devedor inadimplente não se traduz em enriquecimento sem causa, pois houve justa causa para o recebimento de tais valores.

A justa causa está presente na conduta inerte do devedor que deixa de cumprir de forma voluntária e espontânea a obrigação que lhe foi imposta ou confirmada pela sentença judicial. A justa causa se encontra na contumácia do devedor que, mesmo diante da aplicação da multa, se recusa a cumprir o comando judicial. A justa causa repousa na conduta morosa e

protelatória do devedor, que se furta do cumprimento tempestivo da obrigação, mesmo tendo diante de si todas as possibilidades de fazê-lo.

É relevante destacar que a multa jamais atingirá, ou pelo menos assim não deveria ocorrer, patamar elevado quando a questão tratar de obrigação impossível de ser cumprida, pois uma vez demonstrada a sua impossibilidade de forma cabal, a obrigação por certo se converterá em perdas e danos.

Dessa forma, não há que se falar em enriquecimento sem causa daquele que recebe o valor pago pelo devedor a título de *astreintes*, pois ausente o requisito essencial da falta de justa causa.

3.3. EVITANDO FRAUDES

Muito se questiona se esse tratamento – não reduzir o valor elevado atingido pela multa – não poderia de certa forma, estimular o credor a retardar o cumprimento da obrigação, criando barreiras e empecilhos para o seu cumprimento tempestivo, visando auferir o valor aplicado a título de multa ao devedor.

Em primeiro lugar, esse questionamento tem como pressuposto uma suposta má-fé de todos os credores, o que é equivocado. Os ordenamentos jurídicos civil e processual civil Pátrios primam, a todo o momento, pela boa-fé nas relações legais e contratuais, não sendo possível, nesta hipótese, presumir a má-fé dos credores. Devemos optar pela presunção de boa-fé.

Importante destacar e ter em mente que se o devedor cumprisse a obrigação que lhe foi imposta ou confirmada por sentença, de forma voluntária, espontânea e tempestiva, não haveria a aplicação da *astreintes*, ou pelo menos a sua efetiva incidência não ocorreria.

Então, partindo da premissa de que a incidência ou não da multa depende de uma conduta exclusiva do devedor, nada mais certo do que atribuir também ao devedor a possibilidade e o dever de evitar a ocorrência de fraudes, até mesmo porque ele seria o mais prejudicado.

Um mecanismo muito eficaz para evitar a ocorrência de fraudes, no tocante à multa, é o devedor cumprir a obrigação que lhe foi imposta dentro do prazo assinalado para tanto, pois dessa forma, nem haveria que se falar em aplicação da multa. Porém, como é sabido e observado, na maioria das vezes, pelo menos no tocante à realidade dos Juizados Especiais Cíveis, não é isso que ocorre.

Outro mecanismo eficaz é o dever de informação. O devedor ao verificar que o credor está dificultando, criando impedimentos, retardando o pronto cumprimento da obrigação, tem o dever de informar tal fato ao Juízo, que poderá suspender a incidência da multa, se for o caso.

Certo é que, para se eximir do pagamento da multa imposta, o devedor deverá comunicar e provar o ocorrido. Prova essa que não é difícil e nem impossível de ser feita, podendo ser documental e testemunhal.

As empresas de telefonia, gás, água e energia elétrica, por exemplo, podem apresentar documentos que comprovem a tentativa frustrada de instalação no local; gravações que evidenciem a recusa ou dificuldade de agendamento de visita para o cumprimento da obrigação; testemunho de vizinhos, porteiros, etc., de que estiveram no local para cumprir a obrigação, mas não foram recebidos ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

Enfim, através do dever de informação é possível evitar qualquer tentativa de fraude, o que prova que nosso ordenamento comporta o tratamento sugerido para a *astreintes* sem que isso viole direitos ou represente enriquecimento sem causa do credor.

O direito, assim como o dever de informação, é fácil de ser exercido e os meios de prova das possíveis tentativas frustradas de cumprimento da obrigação estão à disposição e são de fácil obtenção pelo devedor, logo se a multa atingir patamar elevado não há outro responsável por tal fato que não o próprio devedor.

Não se pode admitir que o Poder Judiciário tenha uma atuação voltada a suprir eventual desorganização empresarial pela demora no repasse dessas informações. Se a empresa devedora tinha 15 dias para cumprir a obrigação, antes da incidência da multa, e apenas no 50º dia a informação de que as tentativas foram todas frustradas são repassadas ao setor jurídico ou advogado responsável, que por sua vez leva tal situação ao conhecimento do Poder Judiciário, não há que se falar em redução da multa. Se a empresa devedora, ou qualquer devedor, tem 15 dias para cumprir a obrigação antes do início da incidência da multa e no 10º dia verificar que o credor está criando dificuldades, a conduta correta é desde já comunicar tal fato ao juiz, para que a incidência da multa seja suspensa ou nem ocorra.

O Poder Judiciário não socorre – e não deve socorrer – os que dormem.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto pelo artigo, é possível verificar que é possível diminuir o número de execuções ou cumprimentos de sentenças no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis simplesmente adotando a postura de não mais reduzir o patamar alcançado pela incidência da multa cominatória, sem a preocupação do Judiciário estar contribuindo para o enriquecimento sem causa do credor e sem causar estímulos às situações de fraude.

Ao deixar de reduzir as *astreintes* quando estas alcançam valores elevados, estimula-se o devedor a cumprir prontamente a obrigação que lhe foi imposta pela sentença ou até mesmo pelo contrato, pois com o tempo, as empresas e outros devedores se “educarão” no sentido de

aprenderem ser economicamente mais proveitoso o pronto atendimento do comando jurisdicional, assim como mais econômico e benéfico para o bom nome da empresa junto aos consumidores o cumprimento voluntário daquilo que foi pactuado.

Da mesma forma que ao impor ao Réu a obrigação de informar ao Juízo eventual comportamento contraditório do credor, no sentido de postergar ou de criar impedimentos para o pronto atendimento da obrigação, sob pena de permanecer incidindo a multa cominatória, desestimula-se o credor a tentar fraudar a execução.

Na prática, o que se observa é que diversas empresas reincidentes no descumprimento de decisões judiciais se valem desse dispositivo para reduzirem o montante de multa imposta, que - vale destacar - apenas atingiu patamar elevado por sua própria desídia, uma vez que fixada em montante adequado.

O grande problema é que alguns juízes acolhem esse pleito e a reduzem. Sendo esse o comportamento que se pretende evitar, mudar, como forma de desestímulo ao descumprimento das decisões judiciais e sob pena de se assim não for, estar o Poder Judiciário esvaziando a própria natureza coercitiva do instituto da multa e negando aplicação aos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que garantem ao credor o seu direito de buscar o cumprimento forçado da obrigação descumprida.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários ao código de processo civil brasileiro*. 2. ed. Paraná: Juruá, 2011, v.5;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988;

BRASIL. CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 11.05.2011;

BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973;

BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990;

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2001;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2;

DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. *Curso de direito processual civil*. Salvador, BA: Jus Podvm, 2009. v.5;

FONAJE, Fórum Nacional dos Juizados Especiais. *XXVIII Encontro em Mata de São João/BA*. Disponível em <<http://www.fonaje.org.br>>. Acesso em 03.04.2011;

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3;

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *A execução civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2010;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*, 2004. Artigo – Revista CJF, 2004. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo04.pdf>>. Acesso em 05.04.2011;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010;

TAVARES, Jamile. *Astreintes e execução civil*, 2007. Artigo - Revista Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/2377.pdf>>. Acesso em 15/05/2011;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, 2001. Artigo – Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº. 20, 2001. Disponível em <<http://www.idclb.com.br>>. Acesso em 05.04.2011;

SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.