

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR  
FACULDADE DE DIREITO**

**VITOR HUGO ZIMMER SERGIO<sup>1</sup>**

**A MULTA COERCITIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:  
A antinomia entre os princípios da efetividade dos provimentos judiciais e o da  
vedação ao enriquecimento sem causa**

Salvador  
2007

---

<sup>1</sup> Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Mestrando, como aluno especial, da Universidade Católica do Salvador. Advogado.

VITOR HUGO ZIMMER SERGIO

**A MULTA COERCITIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:**  
A antinomia entre os princípios da efetividade dos provimentos judiciais e o da  
vedação ao enriquecimento sem causa

Salvador  
2007

## AGRADECIMENTOS

A obra monográfica, aqui epigrafada, é o resultado de seis anos de uma vida acadêmica que teve um início morno, não caracterizado por desinteresse deste acadêmico, mas sim por falta de maturidade acadêmica e de incentivo para a prospecção mais intensa da ciência do Direito, em seus vértices mais controversos e instigantes.

Foi, a partir, da metade do curso, com o início do estudo do Processo Civil que aflorou maior vontade de aprofundamento na ciência jurídica, a intenção de explorar com mais profundidade o instituto ali visto, aportou nesta obra.

Devo de pronto agradecer a professores que foram além de mestres, incentivadores isolados de um maior aprofundamento dos estudos da ciência e afastamento de uma visão somente técnica do direito, são eles, em especial: Fernando Daltro Jr., Samuel Vida, Claudia Viana, dentre outros, todos do curso de Direito desta Faculdade.

Não poderia excluir os professores Haroldo Cajazeiras e Fernando Ferraz, do Curso de Filosofia desta Universidade e coordenadores do Centro de Estudos do Imaginário Contemporâneo, que foram responsáveis pelo afloramento intelectual mais intenso que pude ter dentro da Universidade Católica do Salvador, através do grupo interdisciplinar de estudos filosóficos, grupo este independente e sem apoio da Universidade.

Aos colegas que debateram e, sobretudo me apontaram soluções para o tema ora dissertado, o mais sincero agradecimento.

Devo agradecer, também, a Fabiana que esteve sempre ao meu lado, uma incansável incentivadora de meus projetos, principalmente este aqui, ora realizado, dentre outros, já que esse é um ponto de partida, para a intensificação dos estudos e da vida acadêmica.

Agradeço, ainda, a minha mãe por todo incentivo para a realização desta obra e ajuda na sua formatação, já que sem ela seria tudo muito mais difícil de acontecer.

Por fim, agradeço a Deus, e a todos os orixás, por indicarem sempre o caminho certo para a minha jornada, que vem sendo trilhada de forma inesperada, porém, concatenada com todos os meus anseios, sejam profissionais, acadêmicos e pessoais.

“(...) é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre do juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!”

Roger Perrot, 1991

## RESUMO

O Direito Processual Civil há muito tempo se afastou da idéia de igualdade formal e não interferência do Estado nas decisões judiciais. O processo passou a ser estudado como técnica, como meio, ou seja, instrumento para se alcançar à tutela específica dos direitos. O cidadão passou a ter um maior acesso a ordem jurídica, o que significou um maior acesso à propositura de demandas em juízo. Porém, isto se torna inócuo se for tida como suficiente em si mesma, pois, do que adianta a facilitação do acesso a justiça, se esta não puder tutelar especificamente e efetivamente o direito material lesado ou ameaçado. Assim as novas tendências metodológicas representadas pela bandeira da efetividade do processo, se tornaram o novo alicerce para a instrumentalidade do processo como forma de dar ao jurisdicionado tudo aquilo que se pretende e de forma efetiva. Os meios executivos passaram a ser os instrumentos aptos a conceder a celeridade e efetividade às decisões judiciais, sejam elas terminativas ou interlocutórias, tendo na *astreinte* brasileira, a multa prevista especialmente nos arts. 461, 461-A do CPC e 84 do CDC, o meio mais eficaz para solucionar o problema da observância do direito fundamental à efetividade dos provimentos judiciais. Ocorre que a falta de normatização que cuidasse dos valores advindos da aplicação da multa por descumprimento de ordem judicial, levou a uma insuperável antinomia entre dois princípios constitucionais: o Princípio da efetividade dos provimentos judiciais e o do enriquecimento sem justa causa.

Palavras-chaves: Instrumentalidade, Técnica Processual, Astreinte, Efetividade, Enriquecimento sem causa.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>08</b>
<b>2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO</b>	<b>10</b>
<b>2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO: SINCRETISMO, AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE</b>	<b>10</b>
2.2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO	15
2.3 JURISDIÇÃO E INSTRUMENTALIDADE	17
<b>2.4 ESCOPOS SOCIAIS, POLÍTICOS E JURÍDICO</b>	<b>18</b>
2.5 INSTRUMENTALIDADE E ACESSO À JUSTIÇA	22
<b>3 TÉCNICA PROCESSUAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO</b>	<b>24</b>
3.1 PROCESSO E TÉCNICA	24
3.2 ACESSO À ORDEM JUSTA, CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA E FLEXIBILIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL	26
3.3 TUTELA DOS DIREITOS E TÉCNICA PROCESSUAL	28
<b>4 DIREITO COMPARADO DAS ASTREINTES</b>	<b>30</b>
4.1 DIREITO ROMANO	30
4.2 DIREITO FRANCÊS	33
4.3 DIREITO ITALIANO	36
4.4 DIREITO ESPANHOL	38
4.5 DIREITO ALEMÃO	40
4.6 DIREITO PORTUGUÊS	41
4.7 O SISTEMA DO <i>COMMON LAW</i> E O <i>CONTEMPT OF COURT</i>	42
<b>5 AS ASTREINTES E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b>	<b>44</b>
<b>5.1 PREVISÃO LEGISLATIVA DAS ASTREINTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO</b>	<b>44</b>
5.2 NATUREZA	48
5.3 CONCEITO	57
5.4 TUTELA JURISDICIONAL OU TÉCNICA DE TUTELA?	58

5.5 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA MULTA	60
5.6 EFETIVIDADE DA MULTA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	62
5.7 BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO DA MULTA – EXAME CRÍTICO DO MECANISMO	68
5.8 ANTINOMIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS E O DO ENRIQUECIMENTO INJUSTO	74
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, quando se pretende estudar os institutos do processo civil, tem-se como ponto de partida, a análise das novas técnicas de efetividade da tutela jurisdicional. Há algum tempo já fora ultrapassado a questão da autonomia da ciência processual e afastada a análise puramente técnica dos instrumentos processuais. É pretendido estudar formas de se preservar a forma processual, acentuando a efetividade dos provimentos judiciais.

Os meios executivos para se alcançar à tutela efetiva dos direitos passaram a ser assunto de maior importância para todos processualistas. O entendimento de que, para o jurisdicionado, uma sentença ou decisão interlocutória, seja ela em sua forma condenatória, mandamental e etc, não daria ao mesmo tudo aquilo que se pretendia com a lide, tornou imprescindível a criação de instrumentos capazes de efetivar tudo aquilo que se perseguia com o provimento judicial.

A multa prevista nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, as *astreintes* brasileiras, foi um dos instrumentos adotados pelo legislador nacional para tentar dar maior efetividade aos provimentos judiciais que obrigavam o devedor a fazer, deixar de fazer ou entregar coisa. Não há que se discutir que se tornou um meio eficaz de efetividade da tutela perquirida.

Ocorre que o legislador, mesmo com as recentes reformas de 2001 e 2002, permaneceu inerte no que se relaciona ao real beneficiário do crédito oriundo da aplicação da multa processual. Ante o silêncio da Lei a doutrina e jurisprudência vem



aplicando com exclusividade o entendimento de que esses créditos devem ser revertidos integralmente ao credor, ignorando as diversas formas de benefício aplicadas pelos ordenamentos estrangeiros.

O objetivo deste trabalho é analisar as origens das *astreintes*, sua previsão no ordenamento pátrio, sua regulamentação, bem como estudar como esse instituto poderia ser aplicado de forma mais eficaz sem agredir princípios constitucionais como o do enriquecimento sem justa causa, vinculando-se a problemática do acesso a justiça, do processo justo e efetivo.

## **2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

### **2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO: SINCRETISMO, AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE**

As transformações políticas e sociais havidas na Europa desde o século XVIII foram capazes de alterar a fórmula das relações entre o Estado e o Indivíduo, com a ruptura das antigas estruturas, quais sejam, a ordem em que o Estado não deveria intervir nas relações particulares entre os indivíduos.

A sociedade passou a gerar maiores responsabilidades para o Estado, uma vez que, cresceu o sentimento de solidariedade, e, portanto, cresceu a responsabilidade pela sua satisfação. O acréscimo de interesses comuns na sociedade gerou responsabilidades maiores a cargo do Estado e essas responsabilidades conduziram a um intervencionismo mais ou menos acentuado, como requisito cogente para o cumprimento das crescentes atribuições. O Estado fez-se responsável pela realização integral da condição humana de cada um, assumiu o encargo de criar condições para isso e tornou-se, nesse sentido, o órgão regulador da vida em sociedade.

Essa nova concepção e estrutura da sociedade fizeram com que surgissem as primeiras preocupações em definir os fenômenos do processo, no qual o juiz figuraria como agente estatal, a partir de premissas e conceitos antes não revelados à ciência dos estudiosos que se debruçavam sobre o direito judiciário civil, caracterizado como mero procedimento.

Até aquele momento, tinha-se a idéia de que a ação era o direito subjetivo lesado ou o resultado da lesão ao direito subjetivo, a jurisdição como sistema de tutela dos

direitos, o processo como mera sucessão de atos – procedimento; a ação era inclusa no sistema de exercício dos direitos e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, vale ressaltar, sob a condução pouco participativa do juiz, que deveria ser inerte e neutro a lide, limitando-se a dizer a lei, sem interferir efetivamente na esfera jurídica dos litigantes.

A confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, o sincretismo jurídico, começou a ruir já no século XIX. Inicialmente, o questionamento fundou-se no tradicional conceito civilista de ação e afirmou a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana<sup>2</sup>: a ação ao revés da *actio* romana não se dirige ao adversário, mas sim ao juiz que é o representante do Estado; não tem como objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.

Na época tais afirmações eram tidas como revolucionárias, amplamente contrárias a todos os conceitos de processo, que hoje são tão naturais aos olhos do jurista moderno, gerando reações doutrinárias que chegaram até a plena consciência da autonomia de todos os institutos processuais.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> O Processo Romano (*Jus actionum*) era o conjunto de regras que o cidadão romano deveria seguir para realizar seu direito. Para os romanos o vocábulo *Jus* encerrava, a faculdade ou poder permitido e garantido pelo direito positivo. O direito subjetivo é tutelado pela ação (*actio*) que nada mais é do que atividade processual mediante a qual o particular procura concretizar a defesa dos direitos, pondo em movimento o aparelho judiciário do Estado. Para isso executa uma série de atos jurídicos ordenados, o processo. Direito e ação eram conceitos estritamente conexos no sistema jurídico romano. O romano concebia e enunciava o direito mais sob o aspecto processual que material. Durante toda a época clássica, o direito romano era mais um sistema de *actiones* e de meios processuais do que de direitos subjetivos. Em Roma, a cada direito correspondia uma ação específica.

<sup>3</sup> “Essa histórica polêmica foi o marco inicial do inconformismo do jurista moderno em face das colocações tradicionais, e isso como reflexo do *Iluminismo* sobre a ciência processual secularmente dócil às tradições privatistas. Ela principiou todo um movimento de acomodação do processo ao modo-de-ser da conjuntura político-social em que se insere.” (Candido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 12<sup>a</sup>ed, p. 19).

A primeira repercussão foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto.<sup>4</sup>

Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, pôde surgir desde logo a proposta de renovação dos estudos de direito processual, surgindo daí uma ciência independente, dotada de objeto próprio e esboçando a definição de seus próprios métodos.

A postura autonomista transpareceu, ainda no século XX, nas investigações em torno do conceito de ação, chegando até a afirmação de seu caráter abstrato, o que constituiu patamar mais elevado de sua autonomia.

A doutrina chiovendiana<sup>5</sup> foi um marco do autonomismo da ciência processual<sup>6</sup>, caracterizado pelo isolamento do processo do direito material, o que não poderia ter

---

<sup>4</sup> Von Büllow, em 1868, sustentou o caráter público da relação jurídica processual e que a ação era um direito concreto, muito embora, também, visse a impossibilidade de se caracterizar um direito pré-processual à sentença, devendo a tutela jurisdicional ser prestada através de uma sentença justa, racionalizou e desenvolveu a configuração tríplice da relação jurídica processual, propondo seus desdobramentos.

Algum tempo depois (1885) na Alemanha -embora em 1877 Degenkolb e Plàsz já tivessem desenvolvido os seus estudos sobre a teoria do direito Autônomo e Abstrato - Adolpho Wach, sob a influência da doutrina de Muther, elaborou a teoria do direito Concreto à Tutela Jurídica, visando demonstrar que a ação era um direito autônomo; na oportunidade, elaborou, ainda, uma monografia sobre a ação declaratória, sendo, por esta razão, apontado como um dos fundadores da processualística contemporânea.

Em síntese, diante de tal concepção, a ação teria uma natureza de direito público, pois dirigida contra o Estado; autônoma, pois não necessariamente vinculada ao direito subjetivo material violado; concreta, pois materializada em um direito, só verificado quando existisse um direito subjetivo. Dessa forma, sem isso não se conseguiria uma sentença e, de conseqüência, não haveria ação.

Finalmente, para os defensores desta teoria, como Von Bullow, Adolpho Wach, Hellivg e outros, o direito de ação, embora subjetivo público, diverso do material lesado, só poderia existir condicionado à existência do direito material.

<sup>5</sup> Jurista e acadêmico, nascido em Premosello, província de Novara, Itália, em 2 de fevereiro de 1872. Foi professor nas Universidades de Parma, Bolonha, Nápoles e, após 1906, na Universidade de Roma. O principal objeto de suas pesquisas foi o Direito Processual Civil, estudo que deu à matéria um grande impulso e uma nova ótica, rigorosamente científica, com particular atenção à formação histórica do processo italiano. Por seu legado e influência, é considerado o pai da Escola de Direito Processual Italiana, reunindo vários discípulos e seguidores em todo o mundo.

<sup>6</sup> “A ação não se assimila à obrigação, não é o meio para atar a obrigação, não é a obrigação em sua tendência para a atuação, não é um efeito da obrigação, não é um elemento nem uma função do direito de obrigação, mas um direito distinto e autônomo, que exsurge e pode extinguir-se

sido de outra forma, pois a escola chiovendiana formou-se sob a influência de um modelo de Estado de matriz liberal, marcado pela acentuação dos valores individuais sobre os poderes de intervenção do Estado.

Esse modelo de “processo”, que pode ser denominado de “processo civil clássico”, além de refletir, sobre o plano metodológico, espelha também as exigências da escola sistemática<sup>7</sup>, baseadas na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do *facere*<sup>8</sup>.

Com a fundação da ciência processual e o estabelecimento de suas premissas lógicas, bem como objeto individualizado, chegou-se a ponto de maturidade no direito processual civil. O que se conclui que, apesar, das peculiaridades de cada sistema nacional, existiam idéias em comum, a consciência para os chamados

---

independente da obrigação (a ação de condenação se consuma com a emanção da sentença definitiva, se bem que a obrigação subsista); direito tendente a um efeito jurídico e não à prestação. (...) Contudo, a independência e a autonomia da ação se tornam mais evidentes nos casos em que a ação tende a um bem impossível de conseguir-se por obrigação, mas que só se pode conseguir no processo; ou em que tende a um bem sem que exista, ou sem que se saiba se existe algum direito subjetivo atribuível àquele que dispõe da ação.” (Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 3ª ed., Campinas – SP, Bookseller. P. 42).

<sup>7</sup> Nova escola processual italiana - caracterizada por deixar para trás o método exegético, próprio das tendências de origem francesa, e assumir uma postura histórico-dogmática – também foi denominada de sistemática. Essa escola, ao se preocupar em desvincular o direito processual civil do direito material e evidenciar a natureza pública do processo, preocupou-se em delinear conceitos que, segundo sua concepção, seriam capazes de conferir autonomia e dignidade científica ao direito processual civil, antes concebido como simples *procedura civile*.

<sup>8</sup> Registre-se o que diz Marinoni a respeito do isolamento do processo: “O procedimento ordinário, caracterizado por ser um procedimento alheio ao que se passa no plano do direito material, é a maior prova de que o isolamento do processo não produziu bons resultados, haja vista a crescente preocupação com as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, imprescindíveis para a proteção efetiva de determinadas situações de direito substancial e, portanto, alternativas à neutralidade imposta pela ordinariade” (*Tutela Inibitória*. 3ªed, 2003, p. 29).

princípios formativos e a necessidade de aplicá-los, o que se tornou fator universal da ciência do processo e indicador seguro de sua maturidade<sup>9</sup>.

O terceiro momento metodológico do direito processual é caracterizado pela consciência da Instrumentalidade; depois de um longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual<sup>10</sup>. Trata-se de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular do interesse protegido pelo ordenamento jurídico material.

A instrumentalidade do processo é a contestação radical a um método de estudo tipicamente escolástico, dogmático e formalista, endereçado à busca de uma ciência pura e ideologicamente neutra, parecendo, portanto, imprescindível um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica.

Podemos afirmar, desde já, que a instrumentalidade é o núcleo e a síntese dos movimentos de aprimoramento do sistema processual, sendo tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidade em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e

---

<sup>9</sup> Por essa razão, já se disse que “a ciência processual tem-se preocupado com a criação de categorias e institutos, cuja a elaboração precisa a transformou no ramo do Direito que mais se desenvolveu nos últimos anos. Por outro lado, passaram os processualistas a se dedicar tanto aos conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, porém, verificamos que o processo se encontra muito distante dela” (José dos Santos Bedaque. *Direito e Processo*. 3ªed. 2003, p. 16).

<sup>10</sup> Segundo o Ilustre doutrinador Candido Rangel Dinamarco: “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mas a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo” (A Instrumentalidade do processo. 12ªed., 2005, p. 22).

efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento de participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

A tendência universal quando se fala em ciência processual é, aprimorar o serviço jurisdicional, dando o máximo de efetividade aos seus princípios. É a Instrumentalidade do processo que serve de alicerce para a dinâmica do sistema e a permeabilidade frente às pressões axiológicas exteriores, quais sejam, mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

## 2.2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

O direito processual constitucional consiste na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, é a preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e igualdade, que afinal são manifestações do valor: justiça.

A perspectiva constitucionalista não postula a substituição da técnica processual, mas o emprego do raciocínio constitucionalista em benefício da melhor técnica e adequada utilidade social e política do sistema processual, definindo propósitos. É uma via para melhor organizar a realidade processual a partir das grandes premissas colhidas na ordem constitucional.

A tutela constitucional do processo tem o escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual à própria ordem constitucional. No processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e a de que todo processo há

de ser feito por via do contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*.<sup>11</sup>

A instrumentalidade do sistema processual influenciado pelas premissas constitucionais denota que o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como o fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de resguardar<sup>12</sup>.

Assim, é natural que o instrumento se altere e adapte-se às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir no processo, uma vez que a sensibilidade do sistema processual às mutações da ordem constitucional é que caracterizam a dinâmica renovatória do processo.

O que ocorre é que sempre que se dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiação de preceitos e princípios constitucionais.

---

<sup>11</sup> “O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade” (Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*. 12ªed. 2005. p.27).

<sup>12</sup> Segundo Candido Rangel Dinamarco em obra já citada: “Trata-se de princípios gerais, ou fundamentais, mutáveis por sua própria natureza porque associados sempre a opções tomadas fora do sistema processual e lançados sobre ele; os princípios informativos (ou formativos), que são diretamente ligados à técnica processual, não recebem reflexos das mutações políticas, nem direta nem necessariamente. A *relatividade histórica* dos princípios gerais do processo reflete-se na dimensão da garantia constitucional da ação (cfr. Calamandrei: “Relatività del concetto di azione” na magnitude da jurisdição, mo modo como se estabelece a cooperação entre os sujeitos processuais, etc.: referem-se a propósito, na literatura processual, os ensaios de Calamandrei (“Relatività del concetto di azione”) e de Pekelis (“Azione – teoria moderna”), ambos escritos sobre a ação provavelmente porque o processualista latino do seu tempo estava inteiramente condicionado à idéia da ação como centro do sistema”.



## 2.3 JURISDIÇÃO E INSTRUMENTALIDADE

Pensar em processo como instrumento, na atualidade, se torna etéreo, se não existir o foco nos seus objetivos a serem alcançados, qual seja, a tutela final através de seu emprego. O processo é meio, que apenas se legitima em função dos fins a que se destina. A perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.<sup>13</sup>

A instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A conscientização teleológica possui o fito de direcionar corretamente o sistema e adequar o instrumento que o compõe para melhor produção de resultados.

Na visão estritamente jurídica da jurisdição, os estudiosos do processo, a definiam com afirmações de caráter individualista, interligado ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Assim, pode-se afirmar, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, tendo como centro do sistema a ação.

Com a evolução da ciência processual e o natural acanhamento da teoria privatista, dando vez à reconhecida autonomia do processo, é proclamado o método do processo civil de resultados; a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele que tiver razão.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>14</sup> Conclui Candido Rangel Dinamarco em obra já citada: “a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.” (p. 184).

O correto enquadramento político do processo determina a insuficiência de um só escopo da jurisdição e evidencia a inadequação de todas as posturas só jurídicas, sem descortinar o panorama sócio-político. O pensamento positivista investigava apenas os resultados do exercício da jurisdição no plano da sistemática do direito, deixando encoberto o que tem de mais relevante e substancial, que é a função do próprio direito perante a sociedade.

Hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual tem que extrapolar os limites do direito e da sua vida, projetando-se para fora. Além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, é necessário encarar tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado. É dever do processualista moderno a responsabilidade de conscientizar esses três planos, sob pena de endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.

O processualista tem que estar atento a interação entre o social, o político e o jurídico. A percepção e exame ordenado de todos os escopos processuais que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social, constituem fator mais importante para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa.

#### 2.4 ESCOPOS SOCIAIS, POLÍTICOS E JURÍDICO

A jurisdição como expressão do poder político deve sair da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça. Espera-se que mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados

propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um de seus componentes<sup>15</sup>.

A função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas, qual seja, a paz social<sup>16</sup>. A vida em sociedade gera insatisfações, por condutas contrárias aos interesses das pessoas, são essas insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe conferem legitimidade<sup>17</sup>.

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar e educar os seus membros para os direitos e obrigações, o que remonta a uma das características do escopo social da jurisdição, qual seja o da educação para o exercício dos direitos<sup>18</sup>.

A missão social pacificadora do Estado não pode ser compreendida apenas como o alcance de decisões. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos, eis que é o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado, transmitindo para o corpo social a segurança de uma jurisdição atuante, legítima e eficaz.

---

<sup>15</sup> “O Estado caracteriza-se como a associação de um povo, possuidora de uma personalidade jurídica soberana, que de um modo sistemático e centralizador, valendo-se de meios exteriores, favorece os interesses solidários individuais, nacionais e humanos, em direção a uma evolução progressiva e comum.” (Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, p.94).

<sup>16</sup> “O processualista moderno compreendeu que precisa relativizar o binômio direito-processo, sabedor também de que a instrumentalidade é a porta larga pela qual penetram no sistema processual os influxos dos valores subjacentes à ordem juridico-substancial.” (Watanabe, *Controle jurisdicional*, p.37).

<sup>17</sup> “Se a natureza e a convivência humana espontânea pudessem proporcionar aos homens tudo quanto necessitam para satisfação das necessidades que experimentassem, o sentimento de insegurança seria tão pouco intenso e tão pouco freqüentes as situações de conflito, que esse tipo de poder, qualificado de político, se mostraria praticamente desnecessário” (J.J. Calmon de Passos, “Democracia, participação e processo”, in *Participação e processo*, São Paulo, Ed. RT, 1988, p.85).

<sup>18</sup> Segundo Candido Rangel Dinamarco, na obra *A Instrumentalidade do Processo*, a educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. (p. 198).

O direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.

Decidindo e impondo decisões o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente são investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados. Além de decidir ele impõe imperativamente o que decidiu e a imunização das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. A decisão impõe efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um pautar sua conduta segundo os ditames da decisão imperativa. Essa é a síntese da atividade jurisdicional<sup>19</sup>, com a afirmação da autoridade e exercício de poder pelo Estado.

O escopo político tem como características fundamentais, três aspectos. Primeiro o de afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente, poder, sem o qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam; segundo, o culto a liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele exerce; por fim assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações nos destinos da sociedade política. Assim a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições.

Pensar em escopo estritamente jurídico é apoiar-se na teoria puramente jurídica de Chiovenda<sup>20</sup>, ligando, necessariamente, o processo à vontade do direito substancial

---

<sup>19</sup> Candido Rangel Dinamarco em Obra já citada leciona que a jurisdição é o próprio poder do Estado, exercido com vistas aos seus fins institucionais e à sua manutenção como superestrutura da sociedade. (p. 212)

e não lançando as vistas à realidade social; o que se pretendia afirmar com essa teoria era a autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento interno do sistema processual.

O terceiro momento histórico da ciência processual, instrumentalista, por força da percepção das responsabilidades que perante a nação e sua estrutura política, o processo, é chamado a assumir a integração necessária entre os três principais escopos, quais sejam, o social, político e jurídico. Assim, o escopo jurídico da jurisdição não é a composição das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, o que interessa é dar efetividade, promover sua atuação.

É preciso reafirmar que o ato de atuação da vontade concreta do direito significa um modo de compreensão, já que a aplicação do direito, além de conotar um conhecimento técnico e intelectual das normas e dos institutos abrangidos no caso, envolve uma visão compreensiva, implicando uma percepção de valores e de circunstâncias.

Dos escopos do processo, o jurídico, aparentemente é o mais técnico, pois, é o que mais se presta a considerações de ordem técnica, projetando-se no processo, o que não significa reconhecer ou pressupor a natureza exclusivamente técnica do processo. Ele é instrumento e técnico, porém, pelo canal da sua instrumentalidade jurídica social e política recebe os influxos do clima cultural que o envolve, tanto como o direito substancial.

---

<sup>20</sup> Vale ressaltar que esse é o reflexo do segundo momento histórico da ciência processual como já exposto no item primeiro deste capítulo, bem como já fora aduzido que tal visão estritamente jurídica mostrou-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente social.

## 2.5 INSTRUMENTALIDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa falar em algo posto à disposição das pessoas com vistas a satisfazê-las, mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas e eficazes. O acesso à justiça é a síntese de todo o estudo encapelado neste capítulo, bem como em toda a obra monográfica, mas do que um princípio, o acesso à justiça é a consolidação de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional.

A garantia de ingresso em juízo, ou seja, o direito de petição, consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciados, o que caracteriza a universalização do processo e da jurisdição. O que se busca na atualidade é evitar que pequenos conflitos ou que pessoas menos favorecidas fiquem a margem do Poder Judiciário.

A redução do rol dos conflitos não jurisdicionalizáveis e das pessoas sem acesso ao Judiciário não seria razoável sem a observância do princípio do devido processo legal, explicitação da cláusula *due process of law*. Esse princípio constitui segurança para todo o sistema de limitações ao exercício do poder pelo juiz, de deveres perante as partes e de oportunidades definidas na lei e postas a disposições delas, para a atuação de cada uma no processo segundo seu próprio juízo de conveniência.

A efetividade do contraditório, outro princípio inerente ao processo, tem seu significado formado pelo aporte do devido processo legal bem como da garantia de

ingresso em juízo, o cumprimento desses preceitos, ou seja, a observância dessas regras é o caminho mais seguro para a efetividade do contraditório.

É impensável o processo sem o sistema de informes às partes sobre os atos processuais do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária. É indispensável que a esses atos e provimentos possa a parte reagir adequadamente, gerando situações novas, de sua conveniência, torna-se indispensável também, que se instale no processo um diálogo construtivo entre o juiz e as partes, sendo estas as partes que formam a receita do contraditório.

Apesar da vinculação incontestada da efetividade do contraditório como garantia do processo, ela não possui valor próprio e exclusivo, ela e mais as garantias do ingresso ao juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade das partes, todas elas somadas e visando um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Ao se falar de efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias.

O que se deve ter em conta é que a consciência do emprego do processo como instrumento é alicerce para a aferição de justiça para as partes e, portanto, de acesso a uma justiça mais ampla e eficaz.

### 3. TÉCNICA PROCESSUAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO

#### 3.1 PROCESSO E TÉCNICA

O Processo é o método estatal de solução das crises verificadas no plano do direito material; para Liebman<sup>21</sup> é a atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional, sendo que essa função não se cumpre a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de ato final<sup>22</sup>. O processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição, atendendo aos ditames da Constituição da República<sup>23</sup>.

As especificidades procedimentais constituem aspecto da técnica, a qual deve apresentar compatibilidade entre meio e objeto. São opções relacionadas com a técnica processual: a predominância da palavra oral sobre a escrita, a maior ou menor profundidade da cognição, a restrição ou ampliação da iniciativa probatória do juiz, a liberdade ou legalidade das formas, a fungibilidade dos meios, o regime de preclusão, a recorribilidade ou não das decisões, a regulamentação dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito.

---

<sup>21</sup> Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Melhoramentos.

<sup>22</sup> Aprofunda o reconhecido professor: “que o direito processual, em qualquer de seus ramos, disciplina uma atividade que se situa no ponto de encontro de problemas fundamentais da sociedade e do Estado, trata-se da atividade consistente em fazer justiça e assegurar a integridade e vitalidade da ordem jurídica, concorrendo assim para definir e assegurar a personalidade dos indivíduos em suas relações recíprocas e perante o poder social, na medida em que lhes oferece meios jurídicos para a defesa de seus direitos e interesses e da sua liberdade.” (p. 58).

<sup>23</sup> “é o resultado da síntese entre o sistema e a forma e deve servir aos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito” (Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *Do Formalismo no Processo Civil*, 2ªed.,pp. 125-126).



A técnica pura, ou seja, o puro tecnicismo processual deixou a muito de ocupar o primeiro plano das discussões doutrinárias, cedendo espaço para a busca de meios aptos a conferir à tutela jurisdicional o grau de utilidade dela esperado. Os aspectos exclusivamente técnicos são preteridos em prol de uma maior eficiência do julgado em amparar o direito do litigante, conferindo ao aspecto técnico uma maior flexibilidade formalística<sup>24</sup>.

A técnica processual tem dois grandes objetivos gerais, quais sejam, conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, bem como a possibilidade de influir substancialmente no resultado e garantir que a tutela jurisdicional obtenha resposta idêntica à atuação espontânea da regra do direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, que pelo ângulo da tempestividade.

O que se pretende afirmar é que não se deve apenas garantir ao jurisdicionado o direito à sentença, deve-se incluir também o direito aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito. Cabe salientar que o direito à sentença de mérito, embora insuficiente para garantir a efetividade, constitui etapa antecedente e essencial, na maioria dos casos, àquela em que são atribuídos os meios destinados à realização prática do direito.

A forma do ato processual e o formalismo do processo devem ser submetidos sempre a exame crítico, fundamentados nos princípios da economia processual, da ausência de prejuízo, da instrumentalidade das formas e, principalmente, do contraditório e da ampla defesa. É precípua, portanto, harmonizar os interesses, não

---

<sup>24</sup> “A busca da efetividade tornou-se verdadeira obsessão, talvez porque o processualista esteja consciente de que os progressos da técnica ainda não forma suficientes para produzir os resultados desejados.” (José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*. 1ªed., pp. 75).

abandonando o formalismo processual, mas não o transformando em fim último do processo. Acesso à ordem jurídica justa é o que o formalismo processual pretende garantir, somente isso.

### 3.2 ACESSO À ORDEM JUSTA, CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA E FLEXIBILIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL

Como já aduzido anteriormente, o centro das preocupações da moderna ciência processual é a realização concreta da justiça. Para tanto, é necessário que se reconheça que a lei processual, no seu significado real e profundo, esteja intimamente relacionada às principais alterações culturais dos povos.

Tendo em conta que as questões culturais estão em constante evolução, tornam-se indispensáveis alterações profundas no enfoque do conhecimento processual. Não se pode, ainda, nos dias de hoje, vislumbrar a aplicação do pensamento liberal-individual que sustentava o princípio da igualdade formal como último bastão da justiça processual. Não se pode mais admitir que o legislador e o interprete ignorem que a pobreza constitui óbice intransponível à sua efetividade.

A partir destas premissas, postulou-se o método instrumentalista do processo a eliminação dos impedimentos ao efetivo acesso à Justiça, tais como a pobreza econômica e cultural, a visão individualista da legitimidade, a postura passiva dos juízes, dentre outras questões.

Apesar de se caracterizar um avanço incontestado, a garantia de acesso à justiça não pode ser vista como ponto de chegada, pois se trata de mera possibilidade de utilização do processo. Requer-se a efetividade da proteção judicial e da ordem constitucional. Trata-se do acesso à ordem jurídica justa e efetiva.

A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve-a ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado<sup>25</sup>.

O desenvolvimento da ciência processual exige a concepção de um instrumento perfeitamente adequado aos fins a que se propõe. Daí a necessidade de – diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos – criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama enorme de novos conflitos. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas.

Necessário se faz conciliar a técnica processual com seus escopos. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implica na construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada.

### 3.3 TUTELA DOS DIREITOS E TÉCNICA PROCESSUAL

O procedimento processual, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos.

---

<sup>25</sup> BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.51.

A forma mais básica de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. A atividade administrativa também pode contribuir para a prestação de tutela dos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos.

Entretanto, a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória reconhecem o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência e a sentença de improcedência. Daí já se percebe que a decisão interlocutória e a sentença constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do direito. Ou seja, resposta ou tutela jurisdicional há sempre, mas tutela do direito apenas no caso em que a técnica processual reconhecer o direito, isto é, quando a sentença for de procedência.

As sentenças são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional. Mas quando se pensa em termos de tutela dos direitos, é preciso verificar se o processo está conferindo a devida e adequada tutela dos direitos, e para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material.

Deve se ter em conta que, para a prestação de uma determinada espécie de tutela jurisdicional, importam também os meios executivos que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos, isso para não se falar no procedimento e na cognição, os quais também são fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional efetiva. Os meios de execução também são técnicas para a prestação da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito a efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem<sup>26</sup>.

Para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela.

Por fim, não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo à sua missão constitucional de dar tutela aos direitos. Essa é a premissa em que os estudiosos do processo civil vêm se debatendo nos dias de hoje.

---

<sup>26</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

## 4 DIREITO COMPARADO DAS ASTREINTES

### 4.1 DIREITO ROMANO

No direito romano, o cumprimento coercitivo da sentença desenvolveu-se em duas nítidas etapas: a execução sobre a pessoa do devedor, que respondia com o corpo e só indiretamente sobre o patrimônio do devedor, de que era instrumento a *manus iniectio*; e a execução sobre o patrimônio e só indiretamente sobre a pessoa, proporcionada pela *actio iudicati*.

Pela *manus iniectio*, o devedor condenado era pessoalmente levado ao pretório para cumprir a obrigação. Caso não o fizesse, e caso não se apresentasse um *vindex*<sup>27</sup> o credor se apoderava da pessoa do devedor e mantinha-o preso por sessenta dias, prazo dentro do qual era levado a três feiras seguidas, para que alguém o redimisse com o pagamento da obrigação; decorrido o prazo, o devedor tornava-se escravo do credor ou era vendido como escravo em algum lugar fora de Roma – *trans Tiberim* – ou sofreria a pena capital, desmembrado-lhe o corpo – *partis secanto* – para a distribuição se diversos fossem os credores<sup>28</sup>. A *manus iniectio* possuía nítida função coercitiva.

---

<sup>27</sup> *Vindex* era um terceiro sub-rogado que pagaria a dívida ou promoveria a defesa do devedor, comprometendo-se também pessoalmente ao credor.

<sup>28</sup> “Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essebt, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant.” Tradução livre: Havia, ademais, naquele tempo, o direito de pactuar e, se não tivesse sido pactuado, por sessenta dias duraria o vínculo. Durante esses dias, por três feiras consecutivas, diante do pretor, no comício, seria apresentado o devedor com a indicação da quantia devida. Na

Com esse sistema de coerção, existia, também, a *pignoris capio*, destinada ao cumprimento de específicas obrigações públicas ou sacras, através da qual o credor apossava-se de bem do devedor e mantinha-o consigo por determinado prazo, para pressionar o credor a pagar. Decorrido o prazo, a coisa seria destruída.

A *manus iniectio* cedeu vez a *ductio iussu praetoris*, que ainda era caracterizada como execução pessoal, em que o autor obtinha do magistrado autorização para levar o réu embora e mantê-lo junto a si. O réu permanecia juridicamente livre, mas sujeito ao poder material do autor, o qual poderia legá-lo e utilizá-lo em serviços próprios.

Gradativamente, as sanções corporais passaram a ser substituídas por sanções de ordem patrimonial. Com a *bonorum venditio*, não se tinha execução propriamente dita, mas sim medida coercitiva, mediante a imissão do credor na posse da integralidade do patrimônio do devedor, havendo a ameaça de posterior expropriação universal, independente do valor do crédito e, ainda, a declaração de infâmia<sup>29</sup>.

A execução indireta, cedeu espaço para o modelo de execução por sub-rogação, com a publicização do processo no período pós-clássico e a transferência da guarda e alienação de bens aos auxiliares do magistrado – *apparitores* ou *exsecutors* – que tinham a incumbência de penhorar bens no valor suficiente para garantir a execução<sup>30</sup>.

Cumpri salientar que a atuação dos meios de pressão psicológica empregada no Direito Romano Clássico se deu sempre para a realização de prestações

---

terceira feira, porém, aplicava-se –lhe a pena de morte, ou seria vendido além do Tibre (fora de Roma). Citação extraída da obra “Processo Civil Comparado” de J. M. Othou Sidou.

<sup>29</sup> O que se buscava com essas técnicas não era retirar o patrimônio do devedor e, assim, satisfazer o credor; essas medidas não possuíam caráter satisfativo da tutela, eram meios de coerção, meios de constranger o devedor ao cumprimento.

<sup>30</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

pecuniárias, as obrigações de entrega de coisa, de fazer e de não fazer eram convertidas em pecúnia, através de procedimento intitulado *arbitrium litis aestimandi*.

São nos chamados *interditos* do Direito romano que montam raízes as ações mandamentais hoje presentes em nossa legislação processual. Os *interditos*, genericamente, protegiam: relações relativas a sucessão *causa mortis*; relações de domínio ou gozo de coisas públicas e privadas ou de garantia; direitos de liberdade e relações de potestade em matéria de família, referentes à *patria potestas* e à *dominica potestas*.

Neste período a autotutela era vedado aos cidadãos romanos, apesar de o *ius civile* não possuir uma gama ampla de ações que povessem a necessidade cada vez mais complexa da sociedade, de verem seus interesses ou relações, da mais variada natureza, tutelados pelo poder jurisdicional do Estado. As vias para se recorrer aos pretores eram os *interditos*.

O interdito não substituía a ação; ao contrário, dava-lhe nascimento e lhe servia de base. Uma vez expedida a ordem pelo pretor, deveria o réu cumpri-la, se assim não o fizesse, cabia ao autor, no período das *legis actiones*, novante tomar a iniciativa, chamando o adversário a comparecer *in iure*, e o provocava à promessa de pagar certa quantia, a título de multa, ou pena, para o caso de decisão final reconhecer a existência das condições pressupostas no interdito, ou ainda para a hipótese de não vir este a ser obedecido<sup>31</sup>.

O interdito resultava na criação de uma norma concreta, da lei da causa entre as partes, e o descumprimento da mesma correspondia à violação da lei, no sentido de

---

<sup>31</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27.



violação do *imperium*. O interdito pressupunha uma ordem a ser cumprida pelo réu, sob pena de aplicação de sanção.

O processo interdital veio a ser suprimido na fase da *cognitio extraordinaria*, onde foi alargado o conceito de obrigação, o que abrangeu toda e qualquer prestação. A *actio* universalizou-se no direito continental.

O legado da *interdicta* foi a inspiração ao velho direito lusitano, bem como a ação cominatória do Código Brasileiro de 1939, assim como as atuais ações mandamentais previstas em nosso ordenamento jurídico.

## 4.2 DIREITO FRANCÊS

Após a Revolução Francesa, as idéias libertárias, somadas à desconfiança nos juízes, associadas ao “antigo regime” e à edição do Código de Napoleão, se banuiu quase por completo as medidas coercitivas do ordenamento.

Verificou-se na França uma excessiva proteção do devedor, sendo que se chegou a considerar a obrigação de fazer ou de não fazer como “juridicamente não obrigatória”, ou facultativa, podendo o devedor optar por cumpri-la ou pagar seu equivalente pecuniário. Este princípio, esculpido no artigo 1.142 do Código de Napoleão<sup>32</sup>, deu origem ao adágio *nemo ad factum cogi potest*, segundo o qual ninguém pode ser forçado a prestar fato pessoal, dado o limite do respeito à liberdade individual.

A jurisprudência francesa, enfrentando inicialmente a própria resistência doutrinária, foi capaz de criar um mecanismo coercitivo pecuniário, a *astreinte* – denominação

---

<sup>32</sup> Art. 1.142 do Code Napoléon – “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur”.

derivada do latim *ad-stringere*.<sup>33</sup> É a condenação a uma soma em dinheiro fixada por dia de atraso – ou outra unidade de tempo, e destinada a pressionar a parte condenada ao cumprimento de uma decisão do juiz. De início, os tribunais justificaram-na sob a ótica da indenização. Entretanto, logo se estabeleceu o caráter coercitivo da *astreinte*.

O primeiro registro de utilização das *astreintes* deu-se em decisão de 25.03.1811, pelo Tribunal Civil de *Cray* e o seu reconhecimento pela *Cour de Cassation* em 1825 – ocasião em que já lhe era atribuído o caráter cominatório, sendo que a denominação de *astreintes* somente veio a se consolidar no final do século XIX, período este em que foram esparsas as decisões que a aplicavam.

Houve, com efeito, hesitações e retrocessos na aplicação da medida, como a Lei de 21.07.1949, que limitava a *astreinte* nas ações de despejo ao valor do inadimplemento do locatário. Tal lei, apesar de sua especialidade, de forma surpreendente passou a ser aplicada como regra geral na fixação das *astreintes* pela Corte de Cassação Francesa e , além disso, passou a confundir-se com as perdas e danos, no momento de sua liquidação.

O repúdio da doutrina, já simpática à medida, bem como dos juízes de instâncias inferiores, determinou a mudança de postura da Corte de Cassação, em decisão proferida em 20.10.1959. A Primeira Câmara Cível daquela corte determinou que as *astreintes*, cujo único objetivo é vencer a resistência do obrigado, constituem medida inteiramente distinta das perdas e danos, não tendo por objeto compensar os

---

<sup>33</sup> Segundo Francisco Antonio de Oliveira: “O vocábulo ‘astreites’ é de origem francesa e tem sido mantido em outros idiomas, porque ‘no es de traducción fácil; por otra parte, el uso de la misma se há generalizado em nuestro léxico jurídico’, como observa Santiago Cunchilos y Manterola, tradutor da obra de Josserand. Couture também não conseguiu vocábulo na língua castelhana: ‘astreintes’ – Definición: Voz francesa que se usa como sinónimo de compulsion, constricción – Traducción – ‘omissis’ ”. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *As astreintes e sua eficácia moralizadora*. Revista dos Tribunais (1978), V. 508, p. 35.

prejuízos sofridos pelo autor em decorrência do atraso no descumprimento de determinada condenação pelo réu.

Somente em 1972, com a Lei nº 72-626 de 05.07.1972, foi previsto expressamente no ordenamento francês o uso das *astreintes*, sob o título “Da *astreinte* em matéria civil”, previu o legislador francês a possibilidade de os tribunais aplicarem a multa ora referida.

Em 9 de julho de 1991, sobreveio lei que reformou o processo de execução na França, e a referida legislação veio a dedicar seção exclusiva à *astreinte*, revogando expressamente os artigos 5 a 8 da lei anterior, que previam as *astreintes* em matéria civil. Atualmente, a matéria é disciplinada pela Lei 91-650, de 09.06.1991 – artigos 33 a 37 – e o Decreto 92-755, de 31.07.1992 – artigos 51 a 53.

O regime atual, portanto, estabeleceu alguns pilares para a aplicação, interpretação e natureza da *astreinte*: a) é meio de coerção, pois, ao fixá-la, o juiz não tomará em conta os danos sofridos pelo credor, mas outros fatores como a gravidade da conduta, a capacidade de resistência e os recursos financeiros do condenado. O valor da *astreinte* não se limita ao valor da indenização, não se limita a nenhum teto, é discricionário a fixação pelo juiz, como ainda as duas verbas são cumuláveis; b) a condenação da *astreinte* tem caráter acessório<sup>34</sup> em relação a uma condenação principal, pois, cassada ou reformada a condenação principal, cai por terra, na mesma medida, a *astreinte*; c) a *astreinte* é medida coercitiva que poderá ser determinada *ex officio* pelo juiz quando se fizer necessário. É possível a cominação de *astreinte* independente de pedido da parte interessada ou em valor superior ao pleiteado; é o exercício de *imperium* que se reveste o juiz<sup>35</sup>; d) o crédito derivado da

---

<sup>34</sup> Vale aduzir que a acessoriedade da *astreinte* deve ser vista com reservas, uma vez que não há que se observar à aplicação da regra que limita a obrigação acessória ao teto da obrigação principal, conforme será discutido em capítulo próprio.

*astreinte*, nos processos de competência dos tribunais judiciais, destina-se à parte beneficiada pela condenação principal, e não ao Estado. Esse aspecto é objeto de marcantes críticas na doutrina francesa<sup>36</sup>.

O “novo” Código de Processo Civil francês previu expressamente o cabimento de *astreintes* internas ao processo para fins instrutórios (arts. 11, 134, 136, 290 e 943). Explicou, ainda, a possibilidade de a *astreinte* acompanhar as *ordonnances de refere*, que são emitidas em caráter provisório (art. 491), é através deste instituto que se desenvolve a adequada tutela de urgência, nas hipóteses em que não se pode aguardar a normal demora do processo.

Na doutrina francesa são apontadas significativas qualidades do modelo de coerção patrimonial mediante *astreinte*, principalmente em relação a sua generalidade e flexibilidade, reveladas na aptidão de se moldar às mais distintas situações concretas.

#### 4.3 DIREITO ITALIANO

Como foi constato por Talamini, a construção idêntica à jurisprudência francesa das *astreintes* não vingou, porém, na doutrina e jurisprudência da Itália se pensou em uma nova técnica. O sistema processual italiano ficou despido de medidas

---

<sup>35</sup> Parte da doutrina entende que o ao juiz é dispensado a motivação da decisão que comina ou rejeita a *astreinte*. Esses aspectos levam a doutrina a qualificar tal poder como “discricionário” ou, mesmo, “arbitrário”. Para o professor Marcelo Lima Guerra, apenas a dispensa de motivação caracteriza propriamente um poder “arbitrário”. Já a possibilidade de fixar a *astreinte* conforme as circunstâncias concretas recairia, em sua ótica, na discricionariedade propriamente dita. (Execução Indireta, p. 118).

<sup>36</sup> Segundo Talamini, “Nos Trabalhos legislativos que antecederam as leis de 1972 e 1991 sugeriu-se, sem sucesso, a mudança desse aspecto (explicável apenas pela origem histórica da *astreinte*, a partir da indenização), a fim de que, no mínimo, parte da verba fosse destinada ao Estado. Aponta-se a contradição entre o endereçamento da quantia à parte, o suporte (*imperium* de que é dotado o juiz) e a finalidade (dar maior eficácia à Justiça) da *astreinte*. E o que é mais grave: nota-se a tendência de os juízes, avessos à idéia de um enriquecimento excessivo do beneficiário da condenação, intencionalmente liquidarem as *astreinte* em montante reduzido – o que acabaria por retirar a eficácia coercitiva da medida.” (Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer. P. 51/52).

coercitivas de aplicabilidade geral, tendente à consecução de direitos impassíveis de execução mediante sub-rogação, levando nesses casos a mera reparação pecuniária<sup>37</sup>.

Não há no ordenamento jurídico italiano previsão genérica para a aplicação de multa a réu renitente, havendo, tão somente, previsões em leis especiais, tal qual a aplicação de multa na tutela referente a licenças de marcas e invenções industriais.

Por outro lado, é atualmente aceito que, nas situações de urgência, as medidas atípicas a exemplo do art. 700 do *Código di Procedura Civile* sejam empregadas em prol dos direitos a um fazer ou não fazer. Observa-se, portanto, as limitações impostas no processo italiano, em relação as obrigações de fazer ou não fazer, mantendo-se firme, em linhas gerais, a leitura do *nemo ad factum praecise cogi potest* consagrado no Código de Napoleão e, progressivamente abandonada pelo próprio direito francês.

Existem projetos legislativos, de longa data, propondo o estabelecimento de medidas gerais coercitivas. O célebre “Projeto Carnelutti” – 1926 – anterior ao *Codice di Procedura Civile* vigente – 1942 – previa a aplicação de multa diária, em favor do “credor”, na tutela referente aos deveres de fazer ou de não fazer. O projeto de reforma processual apresentado em 1975 também contemplou medida coercitiva patrimonial, cujo beneficiário seria definido pelo juiz, em cada caso. Em 1981, apresentou-se projeto de lei delegada para um novo Código de Processo Civil – “Projeto Liebman” – que previa o poder do juiz fixar multa diária em caso de descumprimento de “obrigações” de fazer ou de não fazer infungíveis, desde que

---

<sup>37</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

desvinculadas de particulares habilidades profissionais ou de direitos da personalidade do devedor.

O mais recente projeto de reforma do Código de Processo Civil Italiano não veicula proposta de alteração no processo de execução de obrigações de fazer e não fazer. Propõe a instituição de um mecanismo geral de coerção pecuniária para as sentenças condenatórias.

#### 4.4 DIREITO ESPANHOL

O sistema de medidas destinadas a pressionar o devedor a cumprir prestações de fato era previsto no ordenamento espanhol, incluindo a prisão. Com a orientação do Código de Napoleão, consagrando o brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*, a legislação espanhola espancou de seu ordenamento as medidas coercitivas sobre o devedor recalcitrante. A exemplo do que se deu na Itália, importou-se apenas com a letra da lei francesa e não a leitura criativa que dela fizeram os tribunais da França para criar a figura das *astreintes*.

Para as obrigações de fazer fungíveis, previa-se a possibilidade de, em processo de execução, ser prestado o fato por terceiro, às custas do devedor, porém, tal previsão era demasiadamente vaga, pois não indicava a forma de escolha de terceiro incumbido da sub-rogação da conduta do devedor nem do meio de liquidação e execução das verbas para pagamento desse terceiro. A inadequação da tutela era óbvia quando se abordava as obrigações de fazer personalíssimas e de não fazer. Nesses casos se o devedor não cumprisse o comando contido na sentença, reputava-se que ele “optou” por arcar com o ressarcimento dos danos.

O panorama acima descrito foi significativamente alterado com a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 01/2000)*. Quanto as condenações de fazer sem caráter personalíssimo, o diploma atual mantém a possibilidade de opção entre perdas e danos ou realização de terceiro. Assim, a lei prevê expressamente a solução antes cogitada pela doutrina.

O cabimento da multa está previsto expressamente na disciplina específica das obrigações de fazer personalíssimas. Neste caso, oferta-se ao executado um prazo para cumprir ou defender-se, apresentando as razões pelas quais não cumpre ou reputa a prestação não personalíssima. Se o tribunal descartar o caráter personalíssimo da prestação, apelidar-se-á a disciplina das obrigações fungíveis. Caso contrario, não cumprindo o executado, poderá o exeqüente optar pelo equivalente pecuniário ou a imposição de multa mensal pelo descumprimento de fazer.

A multa mensal, durante o inadimplemento, terá de ser novamente requerida pelo exeqüente, a cada trimestre, podendo ser imposta por apenas um ano. Depois deste prazo, caberá ao exeqüente optar por indenização pecuniária ou a adoção de *“cualquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción Del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal”* (art., 703, 3 parte final).

Tanto no caso de desfazimento quanto no da condenação de fazer personalíssimo, o valor da multa, a cada mês, não pode ultrapassar vinte por cento do valor da prestação imposta (art. 711). Em relação a titularidade da multa não existe previsão expressa no ordenamento espanhol, alguns autores têm sustentado que tal verba destina-se aos cofres públicos, tomando em conta o caráter coercitivo e não ressarcitório da medida.

#### 4.5 DIREITO ALEMÃO

O direito alemão manteve-se alheio, nos séculos XVIII e XIX, à tendência de hipertrofia do princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* e o conseqüente abandono das medidas coercitivas.

Diferentemente do sistema italiano, o sistema tedesco assume que o “valor prioritário a realizar é o adimplemento específico das várias obrigações”<sup>38</sup>. “Baseia-se numa rígida tipologia de obrigações, que se distinguem, quanto ao seu conteúdo, e de procedimentos e meios executivos, predispostos em relação de correspondência biunívoca, na qual a cada modalidade (ou ‘submodalidade’) de obrigação o legislador fez corresponder um e somente um meio executivo adequado”<sup>39</sup>.

Na Alemanha as execuções de obrigações de dar (dinheiro ou coisa diversa) e de fazer fungível são realizadas através de meios sub-rogatórios (execução direta) apenas, enquanto as obrigações de fazer infungíveis e as obrigações de não fazer são tuteladas tão somente através de meios de coerção (execução indireta).

Dentro das chamadas medidas coercitivas, destinadas à execução indireta encontra-se a *Zwangshoft* – prisão do devedor – e a *Zwangsgeld* – pena pecuniária, sendo que esta última se assemelha a *astreintes* francesa e com a multa do direito brasileiro.

São muitas as semelhanças que a *Zwangsgeld*, prevista no § 888 do ZPO guarda com a multa prevista no CPC brasileiro. Possui caráter eminentemente coercitivo, é arbitrada pelo juiz à luz da situação concreta, tende à indeterminação, aumentando indefinidamente, enquanto perdurar o inadimplemento do devedor, e independente da reparação dos danos eventualmente decorrentes do inadimplemento. Difere da

---

<sup>38</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 139.

<sup>39</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Op. Cit.*, 1998, p. 138.



multa brasileira em dois pontos básicos, quais sejam o fato de possuir um teto fixado pela lei, o qual o valor resultante da incidência da medida não pode ultrapassar, e, principalmente, o fato de este valor ser sempre revertido ao Estado, e não ao credor.

#### 4.6 DIREITO PORTUGUÊS

O Código de Processo Civil Português de 1939, instituiu o processo executivo de obrigação de fazer e de não fazer, com base em título judicial, destinado ao estrito emprego de mecanismos sub-rogatórios. Apenas na década de 1980 veio a ser instituído meio coercitivo para os deveres de fazer e de não fazer infungíveis.

Ao Código Civil português foi introduzido, em 1983, através do Decreto-Lei 262, o artigo 829-A, prevendo a chamada “sanção pecuniária compulsória”, técnica de pressão psicológica destinada a obter do devedor o cumprimento específico de “obrigações de prestação de facto fungível, positivo ou negativo”. Consiste na condenação do devedor ao pagamento de uma quantia por dia de atraso ou por cada infração. Tal sanção não se confunde e é cumulável com a indenização. A imposição da medida depende de pedido do credor, mas a definição de seu montante, termo inicial e forma de incidência é atribuída ao juiz, conforme as circunstâncias do caso e segundo critérios de razoabilidade.

Assemelha-se a medida àquela do Direito brasileiro, eis que é cumulável com a indenização por perdas e danos, é aplicável no emprego da tutela antecipada e, embora a lei preveja ser fixada na unidade diária, admite fixação em outra unidade de tempo.

Existem algumas diferenças fundamentais, das quais destacam-se os fatos de se aplicar apenas a obrigação de prestação de fato infungível, de depender de pedido

do autor, bem como de o montante resultante de sua incidência ser revertido, em partes iguais, para o credor e o Estado.

#### 4.7 O SISTEMA DO *COMMON LAW* E O *CONTEMPT OF COURT*

Em relação ao Direito Inglês, verificou-se, até meados do século XIII, um sistema aberto de *writs*, eficiente e completo. Para cada nova espécie de direito, criava-se um *writ* correspondente, que deveria ser requerido ao Rei para que o indivíduo tivesse seu “caso” julgado pelos tribunais.

Inicialmente flexíveis, os *writs* passaram a ter forma e fins fixos. Ao progressivo uso dos *writs* reagiram as cortes feudais e locais, no século XIII estabilizou-se o número de *writs* passíveis de outorga pelos agentes judiciais reais, então já organizados em “tribunais reais”, em Westminster. As hipóteses não enquadráveis nesses *writs* ficavam sem proteção da justiça real. Mesmo o incremento da autoridade real, no século XIV, não permitiu o surgimento de novos *writs*, mas apenas a ampliação dos limites daqueles já existentes, mediante artificiosa assimilação de situações concretamente distintas. Esta era a conformação da *common law*.

O processo da *common law* continha diversas limitações: a) aplicava-se a um número taxativo de hipóteses. b) a tutela *at law (judgment)* normalmente tinha por objeto apenas indenização pecuniária ou posse de coisa móvel ou imóvel. c) Incidiam ainda restrições intraprocessuais – probatórias, à cumulação de pedidos.

Assim, quando não houvesse *writ* correspondente à pretensão do cidadão, este dispunha de uma única opção, qual seja, buscar o perdão do rei através da Chancelaria, órgão composto originariamente de eclesiásticos de grande prestígio. O professor cearense Marcelo Lima Guerra, na obra *Execução Indireta*, leciona que a

*Chancery* era apta a prestar a tutela específica das obrigações porque, atuando como corte de consciência, suas decisões vinculavam diretamente a pessoa do réu. Isso quer dizer que, ao se recusar a observar o que lhe determinava uma decisão do *Chancellor*, era considerado em *contempt of court*<sup>40</sup> e mandado para a prisão até que se decidisse a cumprir o que determinava a sentença.

As medidas adotadas em face do *contemp of court*, que desde sua criação continham caráter de punição por uma *breach of faith*, violação da boa-fé, até os dias de hoje mantêm este caráter na tradição dos países do sistema do *common law*.

Na atualidade, a sanção imposta por *civil contempt of court*<sup>41</sup>, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, pode consistir em prisão ou multa, esta consistindo numa determinada quantia a incidir cada vez que a parte viola ordem judicial, ou por cada dia em que persistir o não cumprimento da mesma ordem. É admitida também a imposição da multa em caráter compensatório para indenizar os danos sofridos. Entretanto, há grande objeção a este caráter no direito anglo-americano uma vez que, enquanto a condenação em perdas e danos só pode ser obtida através de *jury trial*, o procedimento para determinar e punir o *civil contempt* prescinde desta garantia.

---

<sup>40</sup> Essa expressão, em sentido extremamente amplo, prestava-se a designar qualquer conduta de afronta à autoridade jurisdicional. Torna-se inviável o estabelecimento de exato paralelo com qualquer instituto do direito continental.

<sup>41</sup> Guilherme Rizzo Amaral em sua obra “As Astreintes e o Processo Civil brasileiro” esclarece que: “O *contemp of court* pode assumir tanto o caráter civil quanto criminal (penal). A distinção entre ambos depende do objetivo a ser alcançado pela sua utilização. Se o propósito é coagir a parte recalcitrante a desempenhar determinada performance, agir de acordo com a decisão judicial ou omitir-se conforme determinado pela mesma, então o caráter do *comtenpt sra* civil. Se o propósito é preservar (ou mesmo vingar) a autoridade da Corte e punir a desobediência do jurisdicionado, então o caráter será criminal (penal). Interessante diferenciação das duas formas de utilização do *contempt of court* encontra-se em ilustrativo exemplo trazido por FRIEDENTHAL, KAYNE & MILLER. *Civil procedure*. 3ª ed. St. Paul, Minesotta: West Group/Hornbook Series, 1999, p. 732: O depoente recusou-se a responder perguntas perante o júri, mesmo diante de determinação judicial. O Juiz ordenou que fosse o mesmo preso até que concordasse em responder ao questionamento. O fato de que o encarceramento estava condicionado à continuidade da recusa do depoente a responder às perguntas indica que o *contempt* era de natureza civil. O encarceramento não era penal porque o preso possuía as chaves para a porta do cárcere”.

## 5 AS ASTREINTES E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### 5.1 PREVISÃO LEGISLATIVA DAS ASTREINTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

São recentes as reformas sofridas pelo Código de Processo Civil Brasileiro, mais precisamente nos anos de 2001 e 2002<sup>42</sup>, que deram uma nova roupagem para a sistemática legislativa do instituto das *astreintes*.

O artigo 287 do Código de Processo Civil, antes das reformas supra-citadas, já previa a aplicação da multa diária, porém, limitando-a ao comando sentencial, e desde que requerida expressamente pelo autor na peça inicial. Prelecionava o referido dispositivo legal:

Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (art. 644 e 645).

Diante da redação do dispositivo supra, no processo de conhecimento, a conjugação dos arts. 287, 644 e 645 do Código de 1973, em suas redações originais, perpetuavam a utilização da “ação cominatória” prevista no Código de Processo Civil de 1939<sup>43</sup>; como já salientado, o art 287 apenas possibilitava que na inicial se pleiteasse o estabelecimento da multa estritamente para o descumprimento da sentença. Nesse caso, a multa era fixada na sentença que julgou a lide e não em uma decisão liminar ou interlocutória. A multa haveria de ser pedida no começo do processo para ser deferida e fixada em eventual sentença de procedência do

---

<sup>42</sup> Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02.

<sup>43</sup> O preceito cominatório era previsto no Código de 1939 para as prestações de fato ou abstenção de ato. Previram-se onze casos especiais de deveres de fazer ou de não fazer e uma cláusula de encerramento de sistema, abrangendo a generalidade das prestações legais e convencionadas por esse objeto (CPC/1939, art. 302, I a XII).

pedido, e para passar a incidir apenas no momento da execução desse provimento<sup>44</sup>.

Com a reforma do artigo 461 do Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, que introduziu maiores poderes ao juiz na aplicação das *astreintes*, já não havia mais sentido em invocar-se o rígido artigo 287 do CPC, eis que o então inédito artigo 461 possibilitava que o juiz a fixasse, *de ofício*, multa diária, até mesmo em antecipação da tutela.

A introdução do parágrafo 4º, do artigo 461, do Código de Processo Civil brasileiro, foi a mais importante previsão legal para o instituto das *astreintes*, uma vez que incorporou ao processo civil comum a possibilidade de aplicação da multa, independentemente de pedido do autor, seja em sentença, seja em antecipação da tutela. O texto do artigo 461 do CPC, após a reforma de 1994, ficou assim redigido:

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

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

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

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

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

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

---

<sup>44</sup> Talamini, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 117.

Assim, com a introdução da novel sistemática do artigo 461, na reforma de 1994, o artigo 287 do Código de Processo Civil se tornou obsoleto, tendo em conta que todas as demandas em que se buscava o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer pelo réu passou a ser suportada por aquela sistemática.

Como bem se vê, a amplitude que deu o artigo 461 do CPC à utilização das *astreintes*, após a primeira onda de reformas do CPC, fez com que todas aquelas normas especiais, que antes permitiam a adoção da medida em situações muito específicas, ficassem subsumidas na norma genérica. Poderia-se pinçar como exceção à regra contida no artigo 52, inciso V, da Lei 9.099/95, que prevê a utilização da multa diária para dar efetividade às decisões que impõem obrigação de entregar, o que não ocorria, como visto, no dispositivo do Código processual.

Entretanto, com a promulgação da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro, com o objetivo de dar maior efetividade ao processo de execução e tentar harmonizar entre si os artigos que previam a chamada multa diária. A citada Lei introduziu no CPC o artigo 461-A, permitindo a aplicação das *astreintes* nas ações que tenham por objeto a entrega de coisa. Assim dispondo:

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

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

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

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

A menção que faz o artigo 461-A aos §§ 1º a 6º do artigo 461 do CPC permite assumir que a multa prevista neste último dispositivo é aplicável àquele, com as mesmas cominações e especificidades.

O artigo 461 do CPC sofreu importante alteração com a promulgação da Lei 10.444/2002, consistente na mudança da redação do § 5º e na inserção de novo parágrafo, ficando assim redigido:

Art. 461. [...].

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

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

Cumpri-se advertir que os artigos 461 e 461-A do CPC não são aplicáveis somente às ações ordinárias, mas a toda ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer ou a ação que tenha por objeto a entrega de coisa, incluindo-se aí, também, as ações cautelares e os mandados de segurança, que, por serem predominantemente mandamentais, estão mais afeitos à utilização da técnica de tutela coercitiva.

Por fim, salienta-se que as *astreintes* encontram sua sistemática legislativa fundada, basicamente, no que tange à sua fixação no processo cognitivo, nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil Brasileiro; e no que tange à utilização no processo de execução de título extrajudicial, nos artigos 621, parágrafo único (entrega de coisa) e 645, *caput* (obrigações de fazer e não fazer) do mesmo diploma legal.

## 5.2 NATUREZA

O estudo da natureza jurídica das *astreintes* e das decisões judiciais que as fixam é de sua importância para a exata compreensão do funcionamento do instituto em comento. Compreendendo de forma exata a natureza jurídica das *astreintes* poder-se-á alcançar conclusões acerca de seu cabimento, incidência, exigibilidade, eficácia e principalmente a quem se destina a pecúnia oriunda de sua aplicação.

As *astreintes* apresentam certas características essenciais, cuja análise permite uma melhor compreensão desse instituto. Já se viu, no capítulo III, que a disciplina dada à *astreintes* no Direito Francês, primeiramente com a Lei 72-626 de 1972 e, sucessivamente, pela Lei 91-650, de 1991, atualmente em vigor, dirimiu todo tipo de controvérsias sobre a natureza jurídica do referido instituto.

É incontroverso que a *astreintes* é uma medida coercitiva destinada a induzir o devedor a cumprir a obrigação que lhe é imposta por sentença, ou mesmo, decisão interlocutória, e não a reparar eventuais prejuízos resultantes do inadimplemento. Além disso, persistindo o devedor no inadimplemento, a *astreintes*, ao incidir concretamente, tem a natureza jurídica de uma pena privada, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor<sup>45</sup>.

São características essenciais das *astreintes*:

- a) Caráter acessório: a *astreintes* é, na verdade, uma condenação acessória porque se destina a assegurar o cumprimento específico de outra condenação, dita principal, ou seja, técnica de tutela (portanto, meio), para através da coerção pressionar o devedor ao cumprimento de determinada decisão judicial.

---

<sup>45</sup> Vale ressaltar, desde já, que o posicionamento de que a quantia devida em razão da decretação da multa deverá ser entregue ao credor é visão majoritária na doutrina; porém, não reflete o entendimento do autor desta obra monográfica, conforme se pode inferir do tópico específico relacionado ao destinatário de tais proventos.



É importante advertir que a *astreintes* é acessória de uma outra condenação e não da obrigação reconhecida ou imposta por essa mesma condenação<sup>46</sup>. É o que se resulta já dos próprios termos do artigo 33 da Lei 91-659 de 1991, segundo o qual: “Todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma *astreintes* para garantir a execução de sua decisão”. Tal dispositivo torna evidente a sua natureza processual, a significar que ela “não é um atributo da obrigação, mas um ato de autoridade da justiça”<sup>47</sup>.

Segundo a lição do professor Marcelo Lima Guerra, e de grande parte da doutrina, não mais devem incidir *astreintes* na espécie, ante a impossibilidade fática do cumprimento da obrigação. A multa diária, no caso, será devida até o momento em que se inviabilizou o cumprimento específico da obrigação. Na lição

---

<sup>46</sup> Ao se falar no caráter acessório da multa em relação a condenação, se afasta de pronto o argumento de que as *astreintes* seriam regidas pelo mesmo mecanismo das Clausulas Penais dos contratos civis, ou seja, não se aplica ao instituto os artigos 412 e 920 do Código Civil Pátrio. Já é entendimento pacífico nos tribunais de todo país, como por exemplo acórdão do STJ da lavra do Ministro Teori Albino Zawaski: “Multa. Clausula Penal. Multa compensatória. Limitação do art. 920 do Código Civil. Precedente da Corte. 1. Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer e não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o Juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação. 2. Recurso Especial conhecido e provido”.

Nos dizeres do Eminentíssimo Professor Barbosa Moreira: “Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui a perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial. Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais que os danos resultantes do inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição.” (Moreira, José Carlos Barbosa. Tutela específica do Credor nas obrigações negativas, pág. 40).

<sup>47</sup> GUERRA, Marcelo Lima, ob. Cit., p. 116.

de Araken de Assis, “realizar-se-á o cômputo da pena do dia da sua incidência até aquele acontecimento que inviabilizou o cumprimento *in natura*”<sup>48</sup>.

O caráter acessório das *astreintes* implica, em primeiro lugar, o reconhecimento de que seu termo inicial não corresponde à data da exigibilidade da obrigação declarada na condenação principal, mas sim àquela do descumprimento dessa mesma condenação. Além disso, sendo essa decisão impugnada e reformada, a *astreinte* que lhe serve de acessório fica sem efeito. Ocorrendo o mesmo quando a providência condenatória principal prescreve ou ainda se resulta praticamente impossível sua execução.

Conclui-se, assim, que as *astreintes* são acessórias da ordem (preceito) contida na decisão judicial que as fixa, razão pela qual sua existência depende da manutenção de tal decisão, e sua incidência está vinculada à possibilidade prática de cumprimento específico da obrigação declarada na mesma.

- b) Caráter coercitivo: a *astreinte* é, por definição, medida coercitiva, cujo único objetivo é pressionar o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória. Daí que, por ser medida coercitiva, a *astreinte* é totalmente independente da indenização dos prejuízos (eventualmente) resultantes do inadimplemento do devedor, e tanto pode ser concedida na ausência de prejuízos como se acumular à reparação respectiva a eles.

A multa é medida coercitiva, destinada a pressionar o devedor para cumprir decisão judicial, e não a reparar os prejuízos do descumprimento da mesma. O réu, ameaçado pela incidência da multa que, por incidir por tempo indefinido, pode chegar a valores bem maiores que os da própria obrigação principal, é compelido a defender seu patrimônio, através do cumprimento da decisão

---

<sup>48</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 9ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 499.

judicial. O exercício da técnica de tutela das *astreintes* permite, assim, a materialização da tutela jurisdicional almejada pelo autor.

Com efeito, o caráter coercitivo das *astreintes* é incontroverso, estando presente em todos os conceitos oferecidos pela doutrina, desde o surgimento da medida. Talamini, resgatando a origem da *astreinte* na França, salienta: “No início, ao menos formalmente, a justificativa era sob a ótica da indenização, mas logo se estabeleceu o caráter coercitivo da *astreinte*”<sup>49</sup>.

Com efeito, Planiol, já no início do século passado, preconizava que:

Chama-se ‘astreinte’ uma condenação pecuniária proferida à razão de um tanto por dia de atraso (ou por qualquer outra unidade de tempo, de acordo com as circunstâncias) e destinada a obter do devedor a execução de uma obrigação de fazer pela ameaça de uma pena considerável, suscetível de aumentar indefinidamente<sup>50</sup>.

Josserand, ao expor sua definição de *astreintes*, realça sobremaneira a caráter coativo da medida:

La astreinte es una condena pecuniária que se pronuncia a razón de ‘tanto’ por día, por semana, por mês o por año de retraso, y que tiende a vencer la resistencia del deudor de una obligación de hacer, a ejercer presión sobre su voluntad; gracias a la progresión que la caracteriza, este sistema es de eficiencia y seguridad a toda prueba: no hay fortuna que pueda resistir una presión continua e incesantemente acentuada; la capitulación del paciente es fatal; se vencen su resistencia, sin haber ejercido violencia sobre su persona; se procede contra sus bienes, contra su fortuna, contra sus recursos materiales<sup>51</sup>.

Completa o discípulo Chiovenda:

La *astreintes* no es, pues, una reparación; nada tiene de común con los daños y perjuicios; es esencialmente una medida, una vía de ejecución, una palanca con cuya ayuda se presiona sobre la voluntad del deudor para arrancarle el cumplimiento de una obligación de hacer, estrictamente

---

<sup>49</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.

<sup>50</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 3ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1905, T. 2, p. 73/74. Tradução Livre.

<sup>51</sup> *Apud* GODOY, José Carlos de. *Astreintes*. Em Revista dos tribunais (1997), v. 742, p. 134.

personal, que le incumbía; gracias a ella, la regia *nemo potest praecise cogi ad factum* ve estrechársele su campo de acción<sup>52</sup>.

A doutrina produzida no Brasil segue a mesma tendência. O mestre italiano Liebman, fundador da Escola Processual de São Paulo, ao tratar das medidas coativas no processo de execução, incluiu a *astreinte* entre aquelas, afirmando ser a mesma destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena susceptível de aumentar indefinidamente<sup>53</sup>.

No mesmo sentido, ou seja, ressaltando o caráter coativo das *astreintes*, pode-se citar diversos autores, destacando-se Kazuo Watanabe, Ovídio Baptista da Silva, Barbosa Moreira, Araken de Assis, Humberto Theodoro Junior, Eduardo Talamini, Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Fux, dentre outros.

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

De outra parte, o caráter coercitivo da *astreinte* impõe um limite à sua concessão. É que para concedê-la ou não o magistrado deve examinar a possibilidade real da medida levar ao cumprimento da respectiva decisão. Se não há sobre o que exercer a coerção, a *astreinte* não deve ser utilizada. Da mesma forma, quando a execução da condenação torna-se praticamente impossível, a *astreinte* não pode prosseguir ou, se ainda não tiver sido concedida, já não o poderá mais.

---

<sup>52</sup> *Apud Idem.*

<sup>53</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva Livraria Acadêmica, 1946, p. 337.

c) Caráter arbitrário: o sentido em que é usual referir-se, na doutrina francesa, ao “caráter arbitrário” da *astreinte*, está relacionado aos amplos poderes de que dispõe o juiz no emprego dessa medida.

É de se referendar que dentre os vários aspectos do direito positivo francês apontado pela doutrina como manifestações do que lá se chama, literalmente, *caráter arbitrário* da *astreinte*, apenas um, rigorosamente, mereceria, segundo a linguagem jurídica brasileira, tal denominação. Somente é pertinente denominar de arbitrário, ao se referir à atividade jurisdicional, no sentido de exercício imotivado do poder.

Dessa forma, apenas aquele aspecto da disciplina jurídica da *astreinte* que dispensa de motivação a decisão concessiva da medida poderia ser adequadamente denominada, na terminologia jurídica brasileira, de caráter arbitrário<sup>54</sup>. Em todos os outros casos, as manifestações do chamado “caráter arbitrário” da *astreinte* apenas revelam a atribuição ao juiz, pela própria lei, de uma certa margem de escolha quanto à aplicação concreta dessas medidas, de modo a que se possa, para assegurar sua eficácia, levar em consideração as nuances da situação concreta sobre a qual a *astreinte* deverá atuar. Por isso é que seria mais conveniente referir-se, a esses aspectos do instituto, como manifestações do caráter discricionário da *astreinte*.

---

<sup>54</sup> Marcelo Lima Guerra em sua obra “Execução Indireta” perfila o entendimento que: “Mesmo assim, como sustenta Chabas (ob. Cit. P. 5, n. 49), a decisão que, na liquidação da *astreinte*, fixa o seu valor, definitivamente, deve ser motivada. É que o art. 36 da Lei 91-650 dispõe: “Le montant de l’astreinte provisoire es liquide en tenant compte du comportement de celui à qui l’injection a été adressée et dès difficultés qu’il a rencontrées pour l’exécuter”. Dessa forma, tendo a lei fixado critérios a serem necessariamente observados pelo juiz ao liquidar a *astreintes*, é lícito concluir que torna-se obrigatória a motivação da decisão, a fim de se aferir se tais critérios foram efetivamente atendidos. Isso limitaria, nesse ponto, o caráter arbitrário da *astreinte*. A obrigatoriedade dessa decisão, convém acrescentar, “neutralizaria” parcialmente, pode-se dizer, a falta da mesma obrigatoriedade quanto à decisão que impõe a *astreinte*, isso porque no direito francês, como se verá em maior detalhe, essa medida, para surtir efeitos concretos sobre o devedor, carece de prévia liquidação, cuja decisão fixará o valor total devido a título da aplicação da *astreinte*.”

A doutrina francesa reconhece como uma das manifestações do assim chamado “caráter arbitrário” da *astreinte* a não sujeição do juiz no emprego dessa medida, ao princípio do *nemo iudex sine actore*, podendo ele decretá-la de ofício. Essa foi a orientação consagrada tanto pela lei de 1972 como pela atual de 1991. Assim, o artigo 33 dessa última dispõe que “Tout juge peut, même d’office, ordonner une astreinte pour assurer l’exécution de sa décision” (todo juiz pode, mesmo de ofício, impor multa para assegurar a execução da sentença)<sup>55</sup>.

*Boris Starck*<sup>56</sup> justifica essa opção do legislador, na medida em que:

a *astreinte* deriva do imperium do juiz mais que de sua jurisdictio, pois ele atua na sua missão de buscar, independentemente de qualquer solicitação das partes, o meio mais adequado para assegurar a execução das decisões. Além disso, não se trata de modificar a demanda mas, simplesmente, de tornar efetiva uma decisão judicial.

- d) Caráter patrimonial: é inegável que as *astreintes* guardam determinado caráter patrimonial. Juristas franceses, como Josserand, afirmam que a referida multa vence a resistência do obrigado sem exercer violência sobre sua pessoa, mas “*contra sus bienes, contra su fortuna, contra sus recursos materiales*”<sup>57</sup>.

Não obstante ser inafastável o fato de que a ameaça exercida pelas *astreintes* é sobre o patrimônio do réu-devedor, cumpre salientar que a finalidade da multa não é atingir este mesmo patrimônio. Visam as *astreintes* a exercer pressão psicológica no obrigado, para que este cumpra a obrigação específica, determinada no comando judicial, justamente para evitar a excussão de seus bens particulares.

<sup>55</sup> Tradução livre do francês para o português.

<sup>56</sup> “(...) l’astreinte relève de l’imperium du juge plutôt que de sa jurisdictio et il entre dans sa mission de chercher, en dehors de toute sollicitation des parties, le moyen le plus adéquat pour assurer l’exécution de ses décisions. De plus, il ne s’agit pas d’ajouter à la demande, mais uniquement de rendre effective une décision de justice” (Starck, Roland & Boyer, ob. Cit. P. 288).

<sup>57</sup> *Apud* GODOY, José Carlos de. *Astreintes*. Em Revista dos Tribunais (1997), V. 742, p. 134.

Com efeito:

Se a multa não atinge os seus escopos, não levando o demandado a adimplir a ordem do juiz, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o réu inadimplente. Neste momento, é certo, acaba por assumir a mera feição de sanção pecuniária; entretanto, tal feição, assumida pela multa justamente quando ela não cumpre os seus objetivos, é acidental em relação à sua verdadeira função e natureza<sup>58</sup>.

Conclui-se, portanto, que o caráter patrimonial está presente nas *astreintes*, mas com a ressalva de que, antes de haver a execução da multa, a coação se dá sobre a pessoa do réu, através da ameaça contra o seu patrimônio. O fato de as *astreintes* atingirem, ocasionalmente, o patrimônio do réu inadimplente é, com efeito, meramente acidental.

A doutrina francesa reconhece, também, como o “caráter patrimonial da *astreinte*” aquele importante aspecto do instituto segundo o qual a quantia arrecadada com a aplicação da medida reverte em favor do próprio credor da obrigação reconhecida na condenação principal, à garantia da qual se concede tal medida coercitiva. Essa sua característica reflete a natureza de pena privada da *astreinte* e representa um dos seus aspectos mais controvertidos e criticados.

Em apertada síntese, pode-se afirmar, que tendo a *astreinte* por fundamento último, como se reconhece pacificamente em doutrina e jurisprudência francesa, a preservação da autoridade das decisões judiciais, não parece coerente que a quantia a ser paga em virtude da aplicação da medida reverta em benefício do credor, o que parece ainda mais sem justificativa quando se considera que a *astreinte* é distinta da indenização dos prejuízos resultantes da inexecução, podendo cumular-se com eles.

---

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 106.

“Sem negligenciar os interesses perfeitamente respeitáveis dos credores, não é um sacrilégio acrescentar que esse sistema é satisfatório apenas na aparência”, afirma Perrot, referindo-se à opção do legislador pela natureza de pena privada conferida à *astreinte*<sup>59</sup>.

E acrescenta:

Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!<sup>60</sup>

É importante notar que tal sistemática, na avaliação da melhor doutrina francesa, não é apenas injusta, mas tende a diminuir a própria eficácia da *astreinte*. Assim, como explica Boyer<sup>61</sup>:

os tribunais, sensíveis ao fato de que uma *astreinte* elevada, cumulada com perdas e danos substanciais, cria, em benefício do credor, um enriquecimento excessivo, tendem, deliberadamente, a liquidar as *astreintes* a uma taxa reduzida, do que decorre uma sensível diminuição de sua eficácia intimidativa.

No Brasil o mesmo ocorre, eis que não apenas reverte para o autor a quantia eventualmente arrecadada junto ao réu a título de *astreintes*, como só é dado ao autor promover sua execução, podendo, inclusive, optar por não fazê-lo. É evidente que a proibição de enriquecimento injusto do autor entra em confronto com o caráter patrimonial da multa que, em tal situação, assume a natureza de pena privada.

<sup>59</sup> “Sans négliger les intérêts parfaitement respectables des créanciers, il n'est pas sacrilège d'ajouter que ce système n'est satisfaisant qu'en apparence” (Perrot, “L'astreinte – Ses aspects nouveaux”, *Gazette du Palais*, 1991, p. 808).

<sup>60</sup> “Outre que l'équité n'y trouve pas toujours son compte si l'on considère que le retard dans l'exécution trouve déjà sa réparation dans des intérêts moratoires (...). Il est tout de même surprenant qu'une offense faite au juge se traduise par une prime offerte au créancier. Pour justifier l'astreinte, on proclame hautement (et l'on a Mille fois raison) que l'autorité du juge ne doit pas être bafouée. Mais le pauvre juge ne peut se faire respecter qu'en arrondissant la tirelire de l'une des parties!” (idem).

<sup>61</sup> Ob. Cit. P. 808



### 5.3 CONCEITO

Tendo analisado de forma mais profunda a natureza das *astreintes*, é possível traçar de forma mais precisa e segura o conceito do instituto em comento.

É comum na maior parte dos conceitos oferecidos pelas doutrinas francesa e brasileira a sua composição pela aplicação dos elementos que compõem a natureza jurídica das *astreintes*.

Liebman<sup>62</sup> não construiu conceito próprio, se valendo da tradução literal da definição oferecida por Planiol, conforme se depreende no “Processo de Execução” do mestre italiano:

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

Características freqüentes nos primeiros conceitos de *astreintes* são sua vinculação a uma obrigação de fazer, seu caráter coativo e a independência em relação às perdas e danos. Tais características acompanham os conceitos de *astreintes* até recentemente, exercendo forte influência inclusive naqueles que foram responsáveis pela introdução definitiva da medida no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo Kazuo Watanabe:

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem a finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva Livraria Acadêmica, 1946, p. 337/338.

<sup>63</sup> WATANABE, Kazuo. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer*. Revista dos Tribunais n. 105, janeiro-março 2002, p. 25.

Atualmente, tanto na doutrina francesa quanto na brasileira, alguns elementos foram acrescentados aos conceitos antes apresentados. O caráter acessório tem sido ressaltado e, principalmente, no que diz respeito à propalada vinculação com a obrigação principal, a mudança conceitual é mais presente.

Marinoni<sup>64</sup>, demonstrando precisão terminológica, não vincula as *astreintes* à condenação principal, mas às ordens do Juiz, demonstrando, em seu conceito, a acessoriedade às decisões de cunho mandamental:

A multa é um meio de coerção indireta que tem por fim propiciar a efetividade das ordens de fazer e de não fazer do juiz, sejam elas impostas na tutela antecipatória ou na sentença.

Faz-se necessário ampliar o conceito apresentado por Marinoni, face previsão legislativa de aplicação da multa, também para dar efetividade às decisões que impõe obrigação de entregar, como ocorre nos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, artigo 52, inciso V) e de forma genérica, no artigo 461-A do CPC,

Conclui-se que as *astreintes* constituem técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que o mesmo cumpra mandamento judicial, pressão esta exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento.

#### 5.4 TUTELA JURISDICIONAL OU TÉCNICA DE TUTELA?

É importante deixar claro que quando se pensa nos meios que permitem a obtenção de um resultado no plano do direito material, não é incorreto falar em “tutela jurisdicional”. Quando se percebe, contudo, a necessidade de distinguir os meios, que permitem a prestação da tutela, do fim a ser obtido, o resultado no plano do

---

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 105/106.

direito material, apresenta-se como adequada a distinção entre tutela jurisdicional e técnicas de tutela jurisdicional.

As sentenças, sejam elas condenatórias, mandamentais etc, são apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional. Quando se pensa em termos de tutela dos direitos é preciso verificar se o processo está conferindo a devida e adequada tutela aos direitos, o que não é possível saber ao se constatar que foi proferida uma decisão condenatória ou mandamental, pois estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade tais sentenças refletem apenas o modo pelo qual o processo tutela os diversos casos conflituos concretos.

Os meios de execução, que evidentemente interferem no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material, são técnicas para a prestação da devida tutela jurisdicional. Note-se por exemplo que a sentença que fixa *astreinte* tem como fim o cumprimento da obrigação pelo réu-devedor, na forma específica, sob a coação do comando da multa.

A fixação da multa não tem finalidade em si mesma, eis que só existe como meio, ou técnica para a consecução da tutela jurisdicional. Por essa razão, Marinoni<sup>65</sup> acertou ao classificar as sentenças como “técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional”, ou, simplesmente, “técnicas de tutela”.

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

---

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

## 5.5 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA MULTA

Como já descrito no capítulo III desta obra, a *astreintes* teve origem, na atual forma do instituto, na França, seguidas de recentes evoluções, tendo como última alteração a reforma de 1991 que deu origem a Lei 91-650.

No Brasil, recente reforma do Código de Processo Civil, Lei 10.444/2002, determinou significativa alteração na sistemática das *astreintes*, ampliando seu campo de aplicação bem como sua forma. Antes da reforma, de acordo com o § 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro, as *astreintes* só poderia ser utilizado naquelas decisões que contivessem ordem para o réu cumprir determinada obrigação de fazer ou não fazer. Era um evidente reflexo da já existente ação cominatória, constante da antiga redação do artigo 287 do *Codex Processual*, que previa a imposição de *astreintes* “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro”.

O Supremo Tribunal Federal, à época, se posicionou, com a expedição da Súmula 500, determinando que “Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar”. Tão arraigada era esta concepção, que doutrinadores afirmavam, peremptoriamente, não caber cominação de multa nas obrigações de dar, esquecendo-se da previsão de exceção, contida na Lei 9.099/95 (Juizados Especiais), que já previa a aplicação da medida mesmo nos casos de obrigação de entregar, além de fazê-lo para os casos de obrigações de fazer ou de não fazer<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Artigo 52, inciso V da Lei 9.099/95:

“Nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrará,

Paulo Henrique dos Santos Lucon, em oportuno artigo,<sup>67</sup> abordou a questão da aplicação das *astreintes* nos Juizados Especiais de forma quase exaustiva. Afirmava o autor que “a grande novidade do aludido dispositivo legal em relação aos sistemas do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor consiste em permitir a aplicação da multa diária aos casos de obrigação de entregar”.

Correta a interpretação de Lucon, ao afirmar que a Súmula 500 do STF teria sua incidência afastada nos casos previstos na Lei 9.099/95. Entretanto, tal ocorre não apenas porque “o dispositivo legal em questão foi instituído em prol da efetividade do processo, integrando o sistema processual aos preceitos de direito material e aos valores sociais e políticos eleitos pela nação”<sup>68</sup>, mas, principalmente, porque a súmula do STF decorre de interpretação do artigo 302, inciso XII, do Código de Processo Civil de 1939, tendo sido proferida em 3 de outubro de 1969.

Até recentemente, a única extensão da aplicação do artigo 52, inciso V, da Lei 9.099/95, deveria ser feita aos Juizados Especiais Federais, tendo a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que os instituiu, previsto expressamente a aplicação do disposto no diploma de 1995. a completa ausência de previsão legal para a aplicação das *astreintes* nos casos referidos no artigo 461 do CPC, e a inexistência de dispositivo determinando a aplicação subsidiária da Lei 9.099/95 ao Código de Processo Civil, vedariam a interpretação proposta por Lucon.

Os anseios dos juristas foram atendidos com o anteprojeto noticiado por Athos Gusmão Carneiro, em sua obra, “Da antecipação da Tutela no Processo Civil”, então

---

seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado.”

<sup>67</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos*. Revista de Processo, vol. 90, p. 186.

<sup>68</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Op. Cit. P. 186.

em estudos pela Comissão Reformadora do CPC, tomou forma a Lei nº 10.444/02, que, dentre outras alterações na Lei Processual, acrescentou ao CPC o artigo 461-A, permitindo a aplicação da multa em ações relativas à obrigação de entregar coisa. A Lei 10.444 também alterou o artigo 287 do CPC, para nele fazer constar expressamente a possibilidade de cominação de pena pecuniária também nas ações que tenham por objeto obrigação de entregar coisa, e o artigo 621, acrescentando-lhe parágrafo único para permitir a aplicação de multa em execução de obrigações da mesma espécie.

Portanto, como regra geral, as *astreintes* aplicam-se às decisões que impõe ao réu o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa certa ou incerta. Excluem-se, assim, somente as decisões que impõem ao réu a obrigação monetária, ou seja, pagar quantia certa.

#### 5.6 EFETIVIDADE DA MULTA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Todos os atos praticados pelo juiz, ou qualquer outra autoridade estatal, devem observar os chamados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive na aplicação das *astreintes*.

Com efeito, as normas ou regras vêm perdendo cada vez mais espaço e relevo para os princípios, despontando estes, por definição, como superiores àquelas, senão vejamos.

Tomando por base a diferença qualitativa entre regras e princípios, pode-se afirmar que as regras, e/ou normas, são mandados de determinação no âmbito do fática e juridicamente possível e, presentes seus pressupostos, ou a regra jurídica é

aplicada por subsunção ou é completamente afastada, por inválida ou pela inserção de uma cláusula de exceção. Se uma regra é válida, há de circunscrever-se exatamente ao seu conteúdo, nem mais, nem menos.

Havendo conflito de regras, sua solução perpassa a inserção, em uma delas, de uma cláusula de exceção ou, quando isso não é possível, impõe-se a declaração de invalidade de pelo menos uma das regras, com sua conseqüente exclusão do ordenamento jurídico. A decisão acerca da validez da regra pode apoiar-se em critérios clássicos de resolução de antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade), que importarão na eleição de uma delas para reger o caso, em detrimento da outra.

Por outro lado, os princípios são mandatos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, sendo caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. A medida de seu cumprimento está condicionada às possibilidades fáticas (existências de meios adequados e necessários para alcançar a finalidade da norma) e jurídicas (existência de regras que excepcionem o princípio em alguma medida e colisão com princípios opostos).

Os princípios, assim, possuem caráter *prima facie*. Quando um princípio é válido para um caso concreto isto não significa que seu conteúdo valha como resultado definitivo, mas que suas razões não de ser consideradas perante outro princípio igualmente aplicável contraposto àquele. A aplicação dos princípios, que importa a passagem de juízos *prima facie* para juízos concretos de dever-ser, realiza-se, portanto, a partir de uma ponderação.

O conflito entre princípios, dessa forma, resolve-se na dimensão do peso. Ou seja, levando-se em consideração o peso que cada princípio assume no caso concreto,

realiza-se uma ponderação a fim de precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro. Assim, estabelece-se uma relação de precedência condicionada, ou seja, considerando o caso concreto indicam-se as condições pelas quais um princípio prevalece em relação ao outro; sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa.

Mesmo admitindo a superioridade dos princípios não se deve tecer o raciocínio de pretender um sistema somente de princípios.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>69</sup>:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento e lugar.

Portanto, temos que a aplicação das *astreintes* não deve constituir fonte geradora de injustiças, como ocorreria, por exemplo, se permitida a cobrança da multa, mesmo nos casos em que a sentença definitiva fosse de improcedência. A moderação de que trata o princípio, por sua vez, não impede a fixação de valores discrepantes da obrigação principal para as *astreintes*. Deve haver moderação e equilíbrio para com o fim pretendido pelo ato da autoridade estatal. Sendo este a coerção do réu, o valor fixado para as *astreintes* só seria excessivo quando ultrapassasse o necessário para coagir o réu recalcitrante.

Sendo observado o princípio da razoabilidade, a fixação das *astreintes* deve, também, ser ilustrado pelo princípio da proporcionalidade, que significa mais do que uma mera adequação meio-fim, mas sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.



Numa perspectiva estrutural, o princípio da proporcionalidade compreende três sub-princípios ou princípios parciais, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação indica uma relação meio-fim, ou seja, impõe a averiguação da aptidão de determinada medida para fomentar o resultado desejado. Trata-se do exame de uma relação de causalidade, e uma lei somente deve ser afastada por inidoneidade quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

Deve responder à indagação se o meio empregado pode promover o fim pretendido. Luiz Virgílio Afonso da Silva, advertindo que um meio que apenas fomente ou promova um objetivo, ainda que este não seja completamente realizado, também preenche os requisitos da adequação, chama a atenção para a incorreção do verbo “alcançar” propugnando pela utilização do verbo “fomentar” para referir-se ao fim pretendido<sup>70</sup>. Ou, na expressão de Guerra Filho, o importante para a adequação é a “conformidade com o objetivo”.<sup>71</sup> Barros, também, menciona a “não exigência de uma absoluta concatenação entre o meio empregado e o resultado obtido”.<sup>72</sup>

Dessa forma, não se exige que a medida realize completamente todo o conteúdo do objetivo pretendido, mas que ela contribua, em alguma proporção para fomentar a sua realização. A medida será inadequada apenas quando a sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. Segundo Barros, o exame da idoneidade da medida é realizado sob um enfoque negativo.

---

<sup>70</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-143.

<sup>71</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: \_\_\_\_\_. (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.11-29.

<sup>72</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Na fixação da multa deve então perquirir o magistrado, primeiramente, se ela terá o condão de coagir o réu para a prática de determinada conduta, imposta pelo comando judicial. Assim, sendo o réu desprovido de patrimônio, ou sendo, impossível o cumprimento da obrigação contida no preceito, não há que se falar em aplicação da multa, eis que inadequada, inapta para coagir o demandado. Da mesma forma, a multa fixada em valor irrisório pode não ser adequada para o fim a que se destina. É, enfim, necessário que a medida sancionatória seja de fato útil e adequada ao fim proposto<sup>73</sup>.

As *astreintes*, entretanto, podem ser adequadas, porém, não necessárias. Com relação ao subprincípio da necessidade do meio utilizado, este determina que, entre dois meios possíveis, deve-se escolher o que seja menos gravoso ao jurisdicionado.

O princípio da necessidade impõe que o meio empregado para fomentar a realização de uma obrigação não possa ser substituído por outro igualmente eficaz, mas que limite, em menor medida, um outro direito. Assim, se há várias formas para se chegar ao resultado pretendido, deve-se adotar aquela que afete com menos intensidade os direitos contrapostos. Uma medida somente será necessária quando não se puder eleger outra tão eficaz quanto, mas que traga menor prejuízo ao direito fundamental afetado. Esse princípio refere-se ao meio mais idôneo e à menor restrição possível.

O uso de expressões comparativas como “meio mais idôneo” e “menor restrição” demonstra, desde já, que o exame da necessidade realiza-se mediante a comparação entre diversos meios, enquanto o exame da adequação procede a uma análise de um meio individualmente considerado e o fim perseguindo.

---

<sup>73</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer*. Revista de processo n. 105, janeiro-março 2002, p. 26.

Apesar da clara definição dos dois sub-princípios acima elencados, reside-se um claro problema; é que, para a verificação da necessidade de imposição da multa processual, muitas vezes precisa-se conhecer justamente o ânimo do réu. Caso este esteja disposto a cumprir, espontaneamente, a ordem judicial, desnecessária se mostra a imposição da multa. Entretanto, neste caso específico, a fixação de multa desnecessária não causará prejuízo ao réu que, cumprindo a obrigação, ilidirá a incidência das *astreintes*. Não se desvirtua, assim, a idéia da proporcionalidade, que é o menor sacrifício possível.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que o meio utilizado se encontre em razoável proporção com o fim perseguido, revelando uma idéia de equilíbrio entre valores e bens. Ou seja, procede-se a uma análise da relação custo-benefício. Assim, deve haver um sopesamento das vantagens e desvantagens ocasionadas pela restrição a um direito e a realização do outro direito que fundamenta a adoção da medida restritiva.

O juízo de proporcionalidade em sentido estrito permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma. Trata-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim, pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Pode-se afirmar, sem dúvidas, que a regra contida no artigo 461, parágrafo 4º do Código de Processo Civil Pátrio concretiza o princípio da proporcionalidade, ao determinar que a multa será suficiente ou compatível com a obrigação. Vale-se ressaltar que, isso não significa limitar as *astreintes* ao valor da obrigação contida no preceito judicial, mas adequar a sua aplicação e o seu valor ao resultado que se busca alcançar com sua aplicação.

Nas palavras de Kazuo Watanabe<sup>74</sup>:

O dispositivo confere maior plasticidade ao processo, principalmente quanto ao provimento nele reclamado, permitindo que o juiz, em cada caso concreto, através da faculdade prevista no parágrafo m análise, proceda ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso.

## 5.7 BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO DA MULTA – EXAME CRÍTICO DO MECANISMO

A sistemática do Código de Processo Civil, desde a Lei 10.444/02, estabelece que em relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, a execução será processada nos próprios autos, como nova fase do processo, e que somente ensejara a execução autônoma quando se tratar de título extrajudicial.

O réu, condenado em sentença transitada em julgado, ou sujeita a recurso desprovido de efeito suspensivo, será intimado para cumpri-la, podendo o juiz fixar multa para o caso de descumprimento ou tomar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado equivalente.

Vale-se ressaltar que a coisa julgada não tem abrangência sobre o valor da multa, sendo que as *astreintes* não fazem parte das questões já decididas, relativas à mesma lide. A imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão acolhida, não abrange o valor da multa, nem mesmo sua imposição.

Arenhart<sup>75</sup> reforça tal entendimento:

Não fica abrangida a decisão que fixa a *astreinte* (seja em sentença, seja em liminar), ao menos na parte em comento, pela autoridade de coisa julgada. Nem mesmo fica ela sujeita à *clausula rebus sic*

---

<sup>74</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 773.

<sup>75</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.198.

stantibus, no sentido de que somente poderia ser modificado o valor da multa em caso de alteração do estado de fato.

Com efeito, as *astreintes* não compõem o conteúdo do pedido do autor, mesmo que constem da petição inicial como técnica de tutela sugerida ao magistrado. São, na verdade, acessórias ao pedido de obtenção da tutela específica do demandante. Não fazendo parte, portanto, do pedido, é importante a lição de Chiovenda, quando afirma que é o pedido do autor que determina os limites objetivos da coisa julgada.

O professor Paranaense Luiz Guilherme Marinoni<sup>76</sup>, distinguindo precisamente a função coercitiva da multa, dando, à mesma, conotação de técnica de tutela, e não de tutela propriamente dita afirma:

O valor da multa, contudo, não fica petrificado pela coisa julgada material, tanto é que pode ser aumentado pelo juiz, sem que nova circunstancia apareça. É que a multa, em virtude da sua função, tem uma conformação essencialmente provisória, podendo ter o seu valor alterado apenas para que seja garantido a efetividade da decisão do juiz e o menor sacrifício possível do réu.

Ultrapassada a questão introdutória sobre o meio executivo das decisões que impõe obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa e qualificação da multa como técnica de tutela, não abrangida pela coisa julgada, passemos para a questão mais controversa no campo de cobrança executiva da multa, no que se diz respeito à titularidade do crédito resultante da aplicação da medida.

O Código de Processo Civil Pátrio silencia por completo sobre a titularidade dos créditos resultantes da aplicação da multa, mesmo com a reforma de 2002, o legislador não preencheu essa lamentável omissão. Mesmo assim, no processo de caráter individual, a multa reverte em benefício do credor da execução, trata-se de entendimento assente, e que vem de antes da reforma de 1994, quando não existia,

---

<sup>76</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 112.

no artigo 461, nem nas outras regras que versam sobre a multa processual, indicação expressa e inequívoca nesse sentido.

A razão da ausência da previsão expressa de reversão dos valores resultantes da aplicação da multa ao autor decorre, muito provavelmente, da inevitável relação que se estabelece entre as atuais ações mandamentais e as ações cominatórias, transplantadas do Direito lusitano para o Direito brasileiro. Conforme salienta Moacyr Amaral dos Santos, mesmo após a independência, vigeram no Brasil as “leis e praxes portuguesas respeitantes ao processo civil e com estas a prática da ação de preceito cominatório”<sup>77</sup>.

Os primeiros códigos de processo civil estadual, por influência justamente do preceito cominatório lusitano, passaram a prever a possibilidade de ajuizamento de ações cujo objeto seria o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer pelo réu, sob pena de imposição de pena ou outras cominações, a pedido do autor.

O Código Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, datado de 1912, conferiu a ação cominatória “àquele que se julgar com direito de exigir de outrem, dentro do prazo marcado, pratique algum ato ou preste algum fato ou serviço, ou se abstenha de praticá-lo, impondo as cominações que julgarem convenientes”<sup>78</sup>. Note-se que era o autor quem determinava a conveniência da cominação, obviamente submetida à apreciação do Poder Judiciário. Em outras palavras: “Aquele (a parte) comunica a vontade de obter a cominação; este (o juiz) declara-a e incorpora-a ao preceito que emite; não é a manifestação da parte, mas o deferimento do juiz que lhe confere eficácia”<sup>79</sup>.

O Código de Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal, inspirado no código fluminense de 1912, instituiu ações de preceito cominatório, nas quais o

---

<sup>77</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. 5ª edição. São Paulo: Max Lemonad, 1973, Tomo I, p. 108.

<sup>78</sup> Idem, p. 112.

<sup>79</sup> Idem, p. 173.

descumprimento de alguma obrigação de fazer ou não fazer submetia o réu ao pagamento de pena estipulada no contrato ou pedida pelo autor (art. 526)<sup>80</sup>. A pena estipulada no contrato, evidentemente, reverter-se-ia à parte, o mesmo ocorrendo, por via de consequência, com a pena aplicada pelo juízo.

É importante ressaltar que essa orientação é aceita de modo singelo e sem nenhum questionamento, como se nunca tivesse existido uma lacuna nos ordenamentos anteriores e nem na sistemática do CPC atual, sobre o assunto. Isso se deve, provavelmente, ao fato de ter sido essa a solução adotada pela legislação francesa, a qual manteve, na disciplina dada à *astreinte*, o seu caráter privado, isto é, de uma sanção pecuniária que reverte em benefício do credor e não do Estado.

Essa forma acrítica com a qual o intérprete brasileiro se posiciona sobre a titularidade da multa diária, impondo solução idêntica à do direito francês, negligencia vários dados importantes sobre o assunto, tais como diferenças entre a legislação francesa e a brasileira, as críticas formuladas pela própria doutrina francesa quanto a esse aspecto da disciplina da *astreinte* e as soluções alcançadas, em outros ordenamentos jurídicos, sobre essa questão do destino das quantias resultantes da aplicação de medidas coercitivas de caráter pecuniário.

Vale ressaltar que no direito brasileiro não se faz referência sobre o destinatário da multa, consubstanciando em autêntica lacuna, sendo que no direito francês há norma expressa determinando que o valor da *astreinte* é devido ao credor.

A doutrina brasileira não faz referência ao fato de que, na França, critica-se incisivamente esse aspecto da disciplina legal da *astreinte*. Argumenta-se lá que entregar ao credor da execução as quantias decorrentes da aplicação da *astreinte*,

---

<sup>80</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. 5ª edição. São Paulo: Max Lemonad, 1973, Tomo I, p. 113.

que é independente das perdas e danos, com essas podendo cumular-se, senão pode ser caracterizado como um enriquecimento ilícito ou sem causa, configura-se, pelo menos, como enriquecimento injusto.

As cortes francesas vêm comumente se posicionando de forma sensível a essa linha de argumentação, no sentido de reduzirem significativamente o valor da *astreinte* no momento de sua liquidação, com o que procuram evitar um enriquecimento injustificado do credor. Isso, contudo, diminui consideravelmente a eficácia da própria *astreinte*, como registra a doutrina francesa.

É, também, entendimento que vêm sendo reiterado, a incoerência entre a finalidade de preservar a dignidade da justiça e assegurar a sua administração efetiva, que sempre se reconheceu às medidas coercitivas como multa e a *astreinte*, e a solução segundo a qual as quantias em dinheiro arrecadadas com a aplicação dessas medidas sejam destinadas ao credor da execução e não ao Estado.

Marcelo Lima Guerra, em sua obra *Execução Indireta*<sup>81</sup>, colaciona lúcida observação de Denti:

La norma del Progetto Carnelutti, Che il legislatore non há purtroppo preso in considerazione, malgrado i rilievi favorevoli della dottrina, contiene tuttavia un principio Che – a nostro avviso – rappresenta una deviazione dai criteri sopra individuati: la spettanza al creditore delle somme dovute a titolo di pena pecuniária per il ritardo nella esecuzione. Il principio conseguente è quello già ricordato del diritto germánico, per cui la pena pecuniária spetta all Stato. Oggetto immediato de tutela è infatti qui non l'interesse privato, bensì l'intesse pubblico Che presiede al funzionamento degli istituti processuali, per cui nulla spetta al soggetto Che, mediatamente, riceve la protezione e tutela dalla misura coercitiva a carico del debitore. A tale soggetto può apettare solo l'iniziativa per l'applicazione della sanzione, tuttavia come mera imploratio judicis officii.

---

<sup>81</sup> Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, p. 58-59.



Na doutrina brasileira pode-se destacar o posicionamento do ilustre Barbosa Moreira<sup>82</sup> em relação à questão:

Por outro lado, já que ela – a multa diária – não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante no ato judicial, não parece razoável que o produto de sua aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos.

É forçoso reconhecer que o credor não tem, em princípio, direito a receber nenhuma quantia em dinheiro, em razão direta do inadimplemento do devedor, que não seja aquela correspondente às perdas e danos. Na relação entre credor e devedor, o primeiro só tem direito ou a prestação contratada ou ao equivalente pecuniário dessa mesma prestação.

Tendo o credor o direito à tutela específica de seu direito, arma-se o juiz de meios para pressionar psicologicamente o devedor com medidas coercitivas diversas, principalmente a multa. A multa é, portanto, medida de caráter processual, não tendo qualquer ligação direta com o direito substancial para o qual se pede a tutela executiva.

Dessa forma, é o direito positivo alemão o que se mostra mais coerente com a finalidade reconhecidamente atribuída às medidas coercitivas, uma vez que lá, as quantias arrecadadas com a aplicação das *Zwangstrafen* (medidas coercitivas pecuniárias) são destinadas, integralmente, ao Estado.

Nessa perspectiva, o direito positivo português representa um exemplo interessante e recente de solução intermediária entre os sistemas francês e alemão, quando lá se introduziu a sanção pecuniária compulsória, ou seja, uma multa diária de contornos nitidamente semelhantes aos da *astreinte*. Nos termos do art. 829, A, n. 3 do Código Civil português, com redação dada pelo Dec.-Lei 262/83, o valor dessa multa será destinado metade ao credor e metade ao Estado.

---

<sup>82</sup> Barbosa Moreira, “O processo civil brasileiro: uma apresentação”, Temas de direito processual (quinta série), p. 14.

Verifica-se que a variedade de soluções encontradas, no direito comparado, para a questão da titularidade das quantias apuradas com a aplicação de medidas coercitivas, impede que, no silêncio da lei nacional sobre a matéria, se acolha uma dessas soluções como única existente. Evidencia-se, assim, a gravidade dessa lacuna do ordenamento brasileiro, uma vez que a definição do beneficiário da multa exige expressa disposição legal, sendo igualmente possíveis soluções tão diversas como as já mencionadas, exemplificadas pelos sistemas: francês, alemão e português.

Diante de toda argumentação acima exposta, percebe-se que se torna urgente que o legislador intervenha o quanto antes para sanar essa grave lacuna, dispondo normas expressas sobre a titularidade do crédito resultante da multa e da *legimatio ad causam* para promover a sua respectiva execução. Nessa oportunidade, parece recomendável que se adote disciplina semelhante à germânica, ou, pelo menos, à do direito português, no sentido de que as quantias apuradas com a aplicação da multa diária revertam inteiramente em favor do Estado, ou sejam divididas entre ele e o credor, com fim de impedir o uso indiscriminado da técnica de tutela com o fito de aferir lucro com a demanda judicial, conforme vem ocorrendo de forma reiterado nos tribunais de todo o país.

#### 5.8 ANTINOMIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS E O DO ENRIQUECIMENTO INJUSTO

Não obstante as inúmeras críticas constantes no item anterior deste mesmo capítulo sobre a questão da titularidade do crédito advindo da aplicação da multa, o sistema brasileiro, também, sofre com inúmeras críticas relacionadas a uma evidente antinomia que resulta do conflito entre dois princípios sempre presentes quando da aplicação da multa. Se, por um lado, o juiz deve observar o princípio da *efetividade*

*dos provimentos jurisdicionais*, conferindo caráter coercitivo à multa, por outro lado, tem o juiz a limitação do princípio que veda o *enriquecimento injusto*, de quem quer que seja.

Passemos a uma apertada síntese dos princípios conflitantes em questão.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

A concepção simplória de direito de ação como direito à sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito a sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito<sup>83</sup>.

É evidente que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando for necessário, preventiva. A compreensão deste direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, no caso em questão, a multa, contribuindo para sua otimização e para que a efetividade ocorra de modo menos gravoso ao réu.

---

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e Tutela dos Direitos*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005, p. 180.

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito a prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência de sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamada como a mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos<sup>84</sup>.

O enriquecimento sem justa causa está regrado em três artigos do Código Civil de 2002, artigos 884, 885 e 886, inseridos no Capítulo IV, denominado “Do enriquecimento sem causa”, no Título VII, do Livro I, da parte Especial.

O artigo 884 traz o princípio geral que proíbe o enriquecimento sem causa: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. O artigo 885 dispõe: “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”. O artigo 886 atribui o efeito subsidiário ao enriquecimento sem causa, dispondo: “Não caberá a restituição por enriquecimento se a lei conferir ao lesado outro meio para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

Ademais de sua previsão legislativa, o enriquecimento sem causa vem sendo esculpido como princípio pela doutrina e jurisprudência. Como tal, poderíamos dizer que ele é um daqueles princípios que conferem ao ordenamento um nexo de sentido, indispensável à unidade axiológica do ordenamento. A qualificação do

---

<sup>84</sup> Idem, p. 184-185.

enriquecimento sem causa como princípio indica a amplitude que se pretende dar ao instituto, sendo entidade normativa superior às normas não principiológicas.

Os operadores do direito fazem uso do enriquecimento sem causa, em variadas circunstâncias, sem associa-lo à ação de enriquecimento, mas sim buscando conferir à hipótese concreta um critério de justiça e razoabilidade. Portanto, se não se lesa a lei e não se substitui uma regra específica pelo preceito do enriquecimento sem causa, o seu emprego como um princípio informador do direito não encontra restrição, consubstanciando-se num importante meio para viabilizar os ditames da liberdade, justiça e solidariedade<sup>85</sup>.

Um exemplo prático pode ser utilizado para a demonstração da contradição entre os princípios da efetividade dos provimentos judiciais e o do enriquecimento sem justa causa. Imagine-se que seja imposto, por uma decisão judicial, seja final ou interlocutória, o re-ligamento do serviço de telefonia, por empresa de telefonia móvel, para determinado assinante. Para compelir a empresa ao cumprimento da ordem judicial através de multa, é necessário que esta última possua valor capaz de quebrar a vontade daquela. Neste particular, a lição de Araken de Assis é essencial para a compreensão do raciocínio ao qual submete-se o magistrado quando da aplicação da multa com base no caráter coercitivo da mesma:

O valor da astreinte, caracterizado pelo exagero no algarismo, há de ser fixado de molde a induzir o executado ao cumprimento, em quantia capaz de constrangê-lo. [...] Nenhum outro critério substitui o do puro casuísmo. O juiz considerará as condições econômicas do devedor (art. 52, V, da Lei 9.099/95) – quanto mais rico, maior o valor – e a grandeza da sua provável resistência<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. Editora Saraiva: São Paulo, 2004, p. 193.

<sup>86</sup> ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juzizados especiais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 84.

Voltando ao exemplo antes referido, a multa que deverá ser aplicada precisará ser de montante suficiente para que o poderio econômico da empresa prestadora de serviço não seja um entrave à coerção da mesma. Sendo rica a demandada, alto deve ser o valor da multa.

Por outro lado, ao arbitrar o valor da multa, deve o magistrado atentar para o limite imposto pela proibição de enriquecimento injusto do credor. Conforme tem decidido os tribunais, “as multas não devem se prestar ao meio de enriquecimento do credor, daí a prudente previsão de investir o juiz da execução da faculdade de aumentar o valor da multa, se insuficiente, ou reduzi-lo, se excessivo, em se tratando de execução de sentença”.<sup>87</sup>

Assim, se para garantir a efetividade da multa é preciso ter em mente que quanto mais rico for o réu, maior o valor da multa, não se pode perder de vista que as multas não devem se prestar ao meio de enriquecimento do credor.

Diante da sistemática atual não se pode vislumbrar nenhuma possibilidade de superação desta antinomia. No exemplo antes apresentado, se a multa for arbitrada em valor alto o suficiente para, em tese, impor à empresa o cumprimento da obrigação, sua eventual incidência implicará, ante a discrepância do patrimônio da ré e do autor, inevitável e injusto enriquecimento deste. Do contrário, se arbitrado valor com vistas a não enriquecer o demandante, dificilmente terá a multa o condão de coagir, verdadeiramente, a demandada.

Ante toda a problemática apresentada acima, são diversas as críticas à atual sistemática das *astreintes brasileiras*, mormente à titularidade do crédito resultante da incidência da multa.

---

<sup>87</sup> APC 4487097 – TJDF, 5ª Turma Cível, publicado em 11.03.1998.

Spadoni<sup>88</sup> afirma:

Ao se reconhecer na imposição da multa cominatória uma medida de direito público, de caráter processual, destinada a assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar qualquer fundamento lógico jurídico que justifique ter a parte contrária direito a receber a importância decorrente da aplicação da multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.

A questão referente à reversão do crédito das *astreintes* não é privilégio exclusivo da doutrina brasileira. Muito antes da introdução da medida em nosso ordenamento jurídico, autores franceses já repudiavam aquela sistemática, como se pode aferir da crítica de Perrot<sup>89</sup>:

Sem negligenciar os interesses perfeitamente respeitáveis dos credores, não é um sacrilégio acrescentar que esse sistema é satisfatório apenas na aparência. [...] Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios [...], é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a astreinte se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre do juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bola de uma das partes!

Em razão deste problema praticamente intransponível pelo sistema atual, aumentam as vozes na doutrina para que se adote, no Brasil, característica peculiar do sistema alemão da *Zwangsgeld*, pena pecuniária prevista no § 888 do ZPO. Na Alemanha, o crédito resultante da incidência da referida multa reverte para o Estado.

Tal sistemática é assim defendida por Barbosa Moreira<sup>90</sup>:

Por outro lado, já que ela [a multa diária] não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto de sua

<sup>88</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. *A multa na atuação das ordens judiciais*. – Obra: *Processo de Execução*. Cood. Sérgio Shimura, Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 504.

<sup>89</sup> PERROT, Roger. *Apud*. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 123.

<sup>90</sup> *Apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 207.

aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos.

Fowler, trazendo não apenas o exemplo do Direito alemão, mas também do Direito português e casos específicos previstos no Direito francês, adere à crítica de Barbosa Moreira:

O beneficiário da multa no Direito Brasileiro é o credor, dentro da concepção de que é o maior prejudicado com a atitude do devedor. Todavia, como visto acima, assim não deveria ser, já que se destina a tornar efetivos os pronunciamentos judiciais e pode provocar o enriquecimento sem causa do beneficiário.

[...]

Na França, a partir dessa preocupação, determinou-se o recolhimento de parte das astreintes a fundos públicos. De igual sorte, no Direito Português os resultados econômicos das sanções pecuniárias são divididas entre o credor e o Estado, conforme dispõe o art. 829-A do CC português. Já o Direito Argentino traz solução semelhante à brasileira, destinando exclusivamente ao litigante prejudicado pelo inadimplemento (art. 37 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação). O Direito Alemão, por fim, traz a melhor solução, já que o montante oriundo do pagamento da multa reverte integralmente ao Estado<sup>91</sup>.

Alguns autores, como Clayton Maranhão, chegam a atribuir a este aspecto da multa brasileira um obstáculo para a sua utilização:

Aliás, penso, este é um dos motivos pelos quais a multa não tem sido levada muito a sério pela jurisprudência. Mas, se o produto reverte para o Estado, através de um fundo, por exemplo, o argumento do enriquecimento indevido do credor, que já era utilizado nas origens da astreinte, será um obstáculo a menos para a efetividade da tutela das prestações de fazer e de não fazer materialmente infungíveis.<sup>92</sup>

Verifica-se, em reiterados casos julgados pelos Tribunais de todo o país, um desvirtuamento das *astreintes*, consubstanciando no deslocamento do foco de interesse do autor, saindo da tutela específica, para centrar-se na cobrança da multa. Não raro, esquece-se da obrigação declarada no comando judicial,

<sup>91</sup> FOWLER, Marcos Bittencourt. *A (re) reforma do art. 461 do Código de Processo Civil; a multa e seus problemas*. (MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 203).

<sup>92</sup> MARANHÃO, Clayton. *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*. (MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 132).



instituindo-se verdadeiras batalhas processuais em torno da cobrança da multa eventualmente incidente.

No dizer de Guilherme Rizzo Amaral<sup>93</sup>:

Verifica-se, pois, franca possibilidade de, atribuindo-se o crédito das astreintes exclusivamente e ilimitadamente ao demandante, promover-se uma verdadeira corrida do ouro em busca da multa, e um esquecimento, muitas vezes, da questão que deveria ser central no processo: a busca da tutela específica.

Da análise do problema guerreado neste capítulo, torna-se indelével a conclusão que a sistemática atual das *astreintes* é incapaz de superar a contradição antes referida, entre os princípios da efetividade dos provimentos jurisdicionais e da proibição de enriquecimento ilícito.

---

<sup>93</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2004, p. 202.

## 6 CONCLUSÃO

O processo deve ser entendido como um instrumento de realização do direito material e, para tanto, deve ser justo. E o sentido de justo processo está associado tanto à cláusula da efetividade e instrumentalidade da jurisdição quanto à relação de sintonia entre os meios e os resultados alcançados no processo. Além disso, deve ser instrumento de revelação da verdade real nas decisões judiciais e na realização da justiça dentro da ótica social, prevalecendo a ordem jurídica.

Para se alcançar a realização do processo de forma célere e efetiva, a utilização das *astreintes* se tornou forma imprescindível para se alcançar tal intento; porém a atual sistemática de aplicação e, principalmente, a falta de previsão legal que determine para quem deve ser revertido os valores oriundos da aplicação da multa, tornou o instituto instrumento para se alcançar o enriquecimento sem justa causa por parte dos demandantes nas lides que versam sobre obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.

É comum na prática cotidiana dos tribunais, principalmente nos juizados especiais cíveis, se deparar com demandas em que o autor no decorrer do processo, perde o interesse na obrigação principal e busca apenas a execução dos créditos oriundos da multa por descumprimento de ordem judicial.

No processo de número 42077-8/2006 em trâmite perante as Turmas Recursais do Estado da Bahia, a demandante buscava contra a empresa OI – Telefonia Móvel a

reabilitação de sua linha, uma vez que nunca deixou de cumprir com sua obrigação de pagar as faturas mensais e mesmo assim teve seu serviço inabilitado por ausência de pagamento. Foi deferida em decisão interlocutória a obrigação de fazer, qual seja, a reabilitação imediata da linha, sob pena de multa diária; decisão esta que não foi cumprida pela empresa ré, incidindo, assim, a multa diária.

Com o fim da fase de cognição a Juíza sentenciou nos seguintes termos:

Condeno a parte ré ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 2.000,00, quantia razoável a afligir a ré, coibindo-a da má prestação de seus serviços (...). Condeno ainda ao pagamento de astreintes por 362 de atraso, que somam R\$ 36.200,00 (...). QUEIXA PROCEDENTE EM PARTE.

Ora, da análise da sentença se depreende que o dano sofrido pela autora foi quantificado pela Douta julgadora no importe de R\$ 2.000,00, afirmando que essa quantia seria razoável para afligir a ré, coibindo-a da má prestação de seus serviços. Conclui-se, portanto, se o valor arbitrado como referente aos danos morais sofridos foi de R\$ 2.000,00 reais, por que razão o valor de R\$ 36.200,00 deve ser revertido para a demandante que já teve seu sofrimento sanado pela indenização estipulada pela sentença???

A partir de tais indagações é que se chega a conclusão de que sendo o autor da demanda o único beneficiário do crédito da multa, se caracteriza de pronto o enriquecimento sem justa causa; uma vez que esse crédito surgiu de um descumprimento de ordem judicial, que possui natureza exclusivamente coercitiva, não tendo em nenhum momento o fito de indenizar o demandante, seja pela demora de se conseguir a efetivação da tutela ou a substituição por perdas e danos.

A utilização das *astreintes* com o fim de dar efetividade aos provimentos judiciais é a forma mais eficaz de se alcançar este fim, porém, a atual sistemática de benefício dos créditos da multa, leva a uma insuperável antinomia entre os princípios

constitucionais da efetividade dos provimentos judiciais e o que veda o enriquecimento sem justa causa.

Tendo em conta as experiências legislativas de países com a França em que o sistema de benefício da multa, que foi copiado pelo Brasil, foi e é atualmente bastante criticado, a Alemanha que determina a reversão integral dos créditos oriundos da aplicação da multa para o Estado, sistema esse na opinião deste monografista o mais coerente, e Portugal que reparte em duas partes esses créditos, para beneficiar o Estado e o autor, porquanto, parece inconcebível a observância pela maioria da doutrina e jurisprudência de uma única forma de benefício destes créditos.

O recomendável é que se seguisse à orientação da legislação alemã que prevê a reversão dos créditos da multa exclusivamente para o Estado, porem, não podemos nos afastar da realidade do judiciário e do próprio Estado brasileiro, que possivelmente negligenciaria a cobrança desses créditos, ofuscando a utilidade das *astreintes*. Assim, seria bastante útil a adoção do sistema português em que o crédito da multa seria dividido em partes iguais para o Estado e o demandante, criando uma legitimidade extraordinária para o autor executar tanto a sua parte como a do Estado na mesma ação, sendo que ao final, seria recolhido aos cofres públicos à parte a que se destina ao ente público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: \_\_\_\_\_. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **O proporcional e o razoável**. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, abril 2002.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual**. 6ªed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991-1997, v. 2.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro**. 1ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 9ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Execução civil nos juizados especiais**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 6023: 2000. Informação e documentação – Referências – Elaboração**. Rio de Janeiro, ago. 2000.

\_\_\_\_\_. **NBR 10520: 2001. Informação e documentação – Apresentação de citações em documentos**. Rio de Janeiro, jul. 2001.

\_\_\_\_\_. **NBR 6024. Numeração progressiva das seções de um documento**. Rio de Janeiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **NBR 147254: 2001. Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos – Apresentação**. Rio de Janeiro, jul. 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil**. 6. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto. **Direito e processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.** São Paulo: Malheiros, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito processual civil.** São Paulo: Bookseller, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação da Tutela no Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: BookSeller, 2002.

CUCHE, Paul e outro. **Voix d'exécution.** Paris: Dalloz, 1970.

DINAMARCO, Cândido Rangel, PELLEGRINI, Ada, CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo.** 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Execução civil.** 4ªed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1994.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese.** 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 1977.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do Credor na Execução Civil.** São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Execução Indireta.** 1ªed. São Paulo: RT, 1998.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, José Carlos de. **Astreintes.** Revista dos Tribunais, V. 742, 1997, p. 134.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tutela Inibitória.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2003

\_\_\_\_\_. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica; arts. 461, CPC e 84, CDC.** São Paulo: RT, 2001.

- \_\_\_\_\_. **A segunda etapa da Reforma Processual Civil.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Manual do Processo de Conhecimento.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa.** 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 2ª ed. São Paulo; Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **As astreintes e sua eficácia moralizadora.** Revista dos Tribunais, V. 508, 1978, p. 36.
- POPP, Carlyle. **Execução de Obrigação de Fazer.** Curitiba: Juruá, 1995.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SIDOU, Jose Maria Othou. **Processo Civil Comparado.** 1ªed. São Paulo: Editora Forense, 1997.
- SPADONI, Joaquim Felipe. **A multa na atuação das ordens judiciais.** In: *Processo de execução.* Sérgio Shimura, Teresa Arruda Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres e Fazer e de Não Fazer.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- THEODORO Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_, **Processo de Execução. Parte Geral.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.