



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

ANDREY ORESZCO DE SOUZA

**ASTREINTES: ESTUDO DO CARÁTER SANCIONATÓRIO
DA MULTA PROCESSUAL E SUA DESVINCULAÇÃO COM
O VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL**

Salvador
2014

ANDREY ORESZCO DE SOUZA

**ASTREINTES: ESTUDO DO CARÁTER SANCIONATÓRIO
DA MULTA PROCESSUAL E SUA DESVINCULAÇÃO COM
O VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Dantas Góes e Góes

Salvador
2014

ANDREY ORESZCO DE SOUZA

**Astreintes: Estudo do Caráter Sancionatório da Multa
Processual esua Desvinculação com o Valor Econômico da**

Monografia aprovada em 16/12/2014 pela banca examinadora da Universidade Federal da Bahia, do curso de graduação da Faculdade de Direito, composta pelos seguintes membros:

Maurício Dantas Goés e Góes – Orientador _____

Professor Assistente da Universidade Federal da Bahia

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Wilson Alves de Souza _____

Professor Associado da Universidade Federal da Bahia

Doutor e Pós-Doutor em Processo Civil pela Universidade de Coimbra

Professor Rodrigo Salazar _____

Professor Substituto da Universidade Federal da Bahia

Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal da Bahia

A Elaine, mãe generosa, que nunca se fartou de me apoiar nos momentos mais difíceis; Marcos, pai paciente, que sempre se esforçou para que eu fosse melhor a cada dia; Thayse, irmã querida, que deu um toque de humor na serenidade do nosso lar; Flávia, companheira amorosa, que me apoiou com muito carinho e dedicação; e, principalmente, a Irena, avó e ser iluminado de grandeza especial que não está mais entre nós, que me ensinou que não há magia maior do que aquela vivida no cotidiano.

AGRADECIMENTOS

São poucos mas ajudaram imensamente...

A Maurício Dantas Góes e Góes que, com tão pouco tempo disponível e de convivência, se dispôs a ajudar imensamente com críticas pertinentes, noções metodológicas, encorajamento e por sempre acreditar no fruto do meu trabalho. Acima de tudo muito obrigado pelo incentivo e pela cordialidade.

A Guilherme Marback, pela consideração e amizade, que tanto contribuíram a meu engrandecimento profissional.

A Juliana Levita, que sempre se mostrou disposta a me ajudar com a ABNT e contribuiu muito para a correção da monografia.

A Guilherme Dourado, pelo apoio na revisão deste trabalho e, acima de tudo, amizade e apoio. Dizem que amigos são a família que escolhemos.

E acima de tudo, a Universidade Federal da Bahia e Faculdade de Direito, as quais me acolheram e me proveram com o conhecimento necessário para realizar esse trabalho. Obrigado a todos...

“Não há coisa mais fria do que o conselho cuja aplicação seja impossível”.

Confúcio

SOUZA, Andrey Orezco de. **Astreintes: Estudo do Caráter Sancionatório da Multa Processual e sua Desvinculação com o Valor Econômico da Obrigação Principal**. 66 f. Monografia (Graduação). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade estudar o instituto da multa coercitiva por descumprimento das obrigações de fazer / não fazer, conhecidas também como astreintes, e sua relação com o valor econômico da obrigação principal, considerando seus aspectos históricos, bem como a evolução doutrinária e jurisprudencial até os dias atuais. Em um primeiro momento serão apresentados os meios de execução existentes, sub-rogação e coerção, além de sua relação com a satisfação da tutela no processo/ fase executiva. Os meios de coerção serão aprofundados para que se evidenciem suas diferenças. Após, investigar-se-á o contexto primordial em que as astreintes são necessárias, apresentando as divergências conceituais e controvérsias jurisprudenciais. Em um terceiro momento, o trabalho irá apresentar sugestões para a aplicação das astreintes e seu relacionamento com o valor econômico da obrigação. O trabalho utiliza eminentemente pesquisa jurisprudencial e doutrinária com a ambição de ser uma solução alternativa a reiterada aplicação jurisprudencial que finda por mitigar o valor das astreintes sob o argumento de evitar o enriquecimento sem causa do credor.

Palavras-chave: Astreintes. Valor econômico da obrigação principal. Enriquecimento sem causa. Medida coercitiva. Proporcionalidade e razoabilidade.

ABSTRACT

The present work aims to study the Institute of coercive fines for failure to comply with obligations to do / not do, also known as *astreintes*, and its relation to the economic value of the principal obligation considering its historical and doctrinal and jurisprudential aspects of evolution to the present day. At first the means of existing, subrogation and coercion implementation will be presented, along with its relationship with the satisfaction of the guardianship process / implementation phase. The means of coercion will be deepened to evidence their differences. After, it will be investigated which is the primary context in which *astreintes* are necessary, then, to deepen the institute, presented the conceptual differences and jurisprudential controversies. In a third phase the work will present suggestions for the application of *astreintes* and its relationship to the economic value of the obligation. The work uses essentially jurisprudential and doctrinal research with the ambition to be an alternative solution to repeated judicial application by mitigating the ending value of *astreintes* arguing to prevent unjust enrichment of the lender.

Palavras-chave: *Astreintes*. Economic value of obligation home. Unjust enrichment. Measure coercive. Proportionality and reasonableness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ESPÉCIES DE EXECUÇÃO OU “MEIOS EXECUTÓRIOS”	11
2.1	DA EXECUÇÃO DIRETA.....	11
2.1.1	Desapossamento	14
2.1.2	Transformação	16
2.1.3	Expropriação	19
2.1.3.1	Desconto.....	22
2.1.3.2	Adjudicação	23
2.1.3.3	Alienação por iniciativa particular.....	25
2.1.3.4	Alienação por Hasta Pública	26
2.1.3.5	Usufruto	28
2.2	DA EXECUÇÃO INDIRETA.....	30
2.2.1	Da Coerção	35
2.2.1.1	Coerção Pessoal	38
2.2.1.2	Coerção Patrimonial.....	40
3	ASTREINTES	42
3.1	CONCEITO	42
3.2	ASPECTOS HISTÓRICOS	44
4	DA VINCULAÇÃO DAS ASTREINTES AO VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL	46
4.1	VISÃO DOCTRINÁRIA.....	46
4.2	VISÃO JURISPRUDENCIAL.....	49
4.2.1	Jurisprudências que Limitam o Valor da Multa ao da Obrigação Principal	50
4.2.2	Jurisprudências que Desvinculam o Valor da Multa ao Valor Econômico da Obrigação	55
4.3	VISÃO DO AUTOR	58
5	CONCLUSÃO	61
	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Ainda que atualíssimo o tema das astreintes, o mesmo não deve ser considerado novo. Nascido da jurisprudência francesa e ingressado no ordenamento jurídico brasileiro, as astreintes são, sobretudo, fonte de polêmicas e divergências jurisprudenciais e doutrinárias.

Embora não seja o intento deste trabalho esgotar o tema, buscar-se-á fazer um apanhado geral para identificar a melhor solução em relação à aplicação da multa coercitiva.

A utilização de critérios razoáveis para a aplicação das astreintes é tema atual e relevante para o ordenamento pátrio. O Código de Processo Civil de 1973 prevê a utilização das astreintes e deixa a critério do julgador a maleabilidade no emprego dessa multa processual. No entanto, a jurisprudência e a doutrina têm divergido quanto a adstrição da multa ao valor econômico da obrigação principal. Essa celeuma de fontes causa insegurança jurídica e perfaz incredulidade nas astreintes como instrumento de coação. Com tamanha insegurança, poderia se supor a possibilidade da aludida multa não atingir seu fim colimado.

Neste trabalho de pesquisa será investigada a possibilidade de as astreintes serem aplicadas desvinculadas do valor econômico da obrigação principal visando tornar o mandamento judicial eficaz. Tal investigação tem como foco o ordenamento jurídico pátrio e analisa a jurisprudência e doutrina nacional.

A metodologia utilizada é eminentemente de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista que, ao que se propõe, são suficientes para se discorrer adequadamente sobre o tema.

O trabalho está dividido em cinco capítulos contendo introdução, desenvolvimento e conclusão.

Este é o primeiro capítulo, onde é apresentada a introdução ao trabalho, contendo a pesquisa realizada, opções metodológicas e informações sobre o que cada um dos capítulos tratam.

No segundo capítulo, os meios executórios serão divididos em dois subtópicos. No primeiro subtópico, sobre execução direta, será caracterizado o que vem a ser uma execução, pontuando-se o que são os atos executivos e meios executórios, a relação entre o meio executório e a obrigação exequenda, a constatação da diferença entre a execução direta e indireta, entre outros elementos considerados importantes para a caracterização da diferenciação entre execução direta e indireta. Logo após, serão apresentadas sucintamente as principais formas de execução direta: desapossamento, transformação e expropriação. Por fim, será efetuada

uma exposição crítica acerca da execução direta e sua insuficiência em dadas situações concretas.

O segundo subtópico, da execução indireta, terá como foco as obrigações de fazer / não fazer, tendo em vista que grande parte dos problemas envolvendo as astreintes derivam desse tipo de obrigação, mais especificadamente as personalíssimas.

Considera-se fundamental entender a importância da coerção para além do âmbito endoprocessual, identificando a tutela objetivada na execução indireta. Requer-se, ainda, elencar algumas possibilidades alternativas à tutela específica das obrigações de fazer / não fazer, bem como, conceituar e relacionar os meios coercitivos e a execução indireta. Também será apontada a relação entre meios coativos e a infungibilidade. Por fim, serão pontuados os meios de coerção existentes.

No terceiro capítulo, serão aprofundados os aspectos gerais das astreintes. Para conceituá-las, duas teses doutrinárias serão evidenciadas: astreintes como instrumento de coerção e como medida de preservação da dignidade da justiça. Em seguida, far-se-á uma incursão histórica no instituto desde seu surgimento, até sua adaptação para o cenário brasileiro. Com essa abordagem, pretende-se tornar a maturação do leitor sobre o tema menos drástica, visando o entendimento das críticas a serem apresentadas no capítulo seguinte.

No quarto e penúltimo capítulo do desenvolvimento do trabalho, será abordado propriamente o tema das astreintes e a desvinculação com o valor econômico da obrigação. No primeiro sub-tópico, serão expostos os entendimentos doutrinários sobre o tema, seja negando, seja aceitando a desvinculação ao valor econômico da obrigação principal, como também, aqueles que crêem no valor exorbitante como forma de coação psicológica, independentemente do valor econômico. No segundo sub-tópico, será analisada a jurisprudência, desde o REsp. 13.416-0-RJ, 17.03.1992, o primeiro acórdão que reduziu as astreintes a fim de evitar o enriquecimento sem causa, até o Resp. 1333988 SP 2012/0144161-8, no qual, na seara de recursos repetitivos, fixou entendimento de que as astreintes não fazem coisa julgada. Também serão trazidas diferentes jurisprudências como a da 3ª Câmara de Direito Público, no Agravo AGV 3350269/ TJ-PE e no enunciado nº 144 do FONAJE.

No terceiro subitem, e último momento do trabalho, será apresentada uma posição sobre a limitação ao valor econômico da obrigação, tentando, ao mesmo tempo, dirimir as controvérsias através da apresentação do posicionamento adotado.

No quinto e último capítulo, será trazida a conclusão do trabalho, visualizando se a pesquisa logrou êxito em sustentar a hipótese.

2 ESPÉCIES DE EXECUÇÃO OU “MEIOS EXECUTÓRIOS”

2.1 DA EXECUÇÃO DIRETA

Este trabalho inicia-se sob a perspectiva da execução direta. Segundo Liebman (1946, p. 15-16), a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução. A execução direta, quando não específica, seria aquela que tem por fim conseguir o resultado prático a que tendia a regra jurídica e sem a necessária vontade do executado.

O ato de executar, em verdade, pode se desdobrar em uma série de complexo de atos denominados procedimento.

A nota comum dos atos executivos é a invasão da esfera jurídica do executado. Através dos meios executórios, o ato pode deslocar coativamente pessoas e coisas, e provocar transferência de valores para outro círculo (ASSIS, 2013, p. 101).

O que seriam os meios executórios? O legislador tratou os meios executórios como espécies de execução. Equivocado seria esse ponto de vista na visão do autor Assis (2013, p. 145-146), pois a terminologia espécie aludiria a três conceitos distintos, causando confusão, quais sejam: os próprios meios executórios; o caráter definitivo ou provisório da execução; a origem do título executivo do credor, judicial ou extrajudicial. Assim,

Combinando todas as forças, ponderando todos os valores, chega-se ao seguinte enunciado: meios executórios constituem a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Eles veiculam a força executiva que se faz presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória. (ASSIS, 2013, p. 144)

Observa, ainda, Assis (2013, p. 374-375), em relação aos meios executórios, que o art. 475-O do Código de Processo Civil dispõe que a execução provisória será feita do mesmo modo que a definitiva. Ou seja, a escolha do meio executório vai obedecer a mesma orientação em ambas as modalidades de execução. Dessa observação se extrai que o caráter provisório não se refere a eficácia do título ou dos meios executivos, e sim, da possibilidade de reforma eventual. Escolhido o meio executório irá ser aplicado o dispositivo do art. 475-O do CPC.

É importante que seja ressaltado que os meios executórios presentes no capítulo concernente aos títulos judiciais servem tanto para esses, quanto aos extrajudiciais. Diz o art. 461, § 5º do CPC:

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. (BRASIL, 1973)

E o art. 644 do CPC ressalta: “a sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo” (BRASIL, 1973). Ou seja, os meios executórios não mais restringem-se ao processo de execução.

Outra característica dos meios executórios é estar diretamente ligados à forma que será praticada a execução. Essa, por sua vez, será desenvolvida proporcionalmente a obrigação exequenda em questão e ao comportamento do executado:

A execução forçada pode ocorrer com ou sem a participação do executado. A depender do tipo de providência executiva estabelecida pelo magistrado na sua decisão – se ela depende, ou não, da participação do devedor – é que se pode estabelecer uma diferença entre a decisão executiva e a decisão mandamental. (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 33)

A execução será direta quando for possível, através dos atos executivos, adentrar na esfera patrimonial do executado ou quem quer que tenha a responsabilidade patrimonial vinculada, e satisfazer a execução. Nessa hipótese o Estado se sub-roga no papel originariamente pertencente ao polo passivo da execução. Será indireta, por sua vez, quando necessitar da atitude do executado. Não sendo, nessa última hipótese, suficientes os atos praticados pelo aparato estatal.

Ainda observa Marinoni (2011, p. 72-73) que as diferenças das modalidades de execução decorrem do fato de a execução ser concebida como ato jurisdicional¹ que substitui a vontade do devedor. Esse entendimento, levou a doutrina clássica a dizer que execução indireta não seria execução propriamente dita pois a sua atuação sobre a vontade do devedor não seria suficiente para caracterizar uma “execução forçada”.

Para Theodoro Júnior (2014, p. 209) os meios de coação não integram os quadros de medidas executivas propriamente ditas, embora parte da doutrina insista em apelidá-los de execução indireta.

Didier Jr. et al (2014, p. 33-38) dividiram as técnicas de execução direta e indireta pelo conteúdo da decisão judicial. A decisão executiva é aquela que impõe uma prestação ao réu e impõe uma medida coercitiva direta. Esta seria adotada em substituição à conduta do devedor

¹Embora o autor se refira aos títulos judiciais, a lição também se aplica aos títulos extrajudiciais.

que não cumpriu voluntariamente o dever que lhe foi imposto. Estaria, então, fundada na noção de execução direta (ou por sub-rogação). Ou seja, poderá o Judiciário substituir a conduta prescindível do executado pela conduta do próprio estado-juiz.

Conforme o executado prescinda, ou não, de participar na execução, surgirão as técnicas de execução direta ou indireta (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 436-437). É que, embora seja do crivo do magistrado escolher nas obrigações de fazer e não fazer a técnica para alcançar a satisfação da execução, muitas vezes, a técnica coercitiva da execução indireta se mostra mais efetiva.

Este trabalho irá discorrer, com maior profundidade, acerca da Execução Indireta. Portanto, a análise pormenorizada, através do raciocínio dedutivo, irá esmiuçar este conceito, a fim de se chegar à especificidade do tema das astreintes. Antes, no entanto, é importante conceituar a execução direta, afinal, a execução indireta só tem sentido quando não for possível dispensar a participação do executado. Isso porque, conforme Didier Jr. et al (2014, p. 437) a decisão fundada no art. 461 do CPC que impõe o cumprimento de uma prestação de fazer ou não fazer pode ser mandamental ou executiva. No entanto, conforme o autor supramencionado aduz, a tendência é que os magistrados prefiram a execução indireta.

De acordo com Assis (2013, p. 151), a execução direta ou, os meios executórios de sub-rogação, tem seu nascimento historicamente ligado ao desaparecimento da vinculação da pessoa à dívida. Excluídas as obrigações de fazer e não fazer infungíveis, revela-se uma forma de entregar, independentemente da vontade do executado, aquilo que se espera da execução.

A diferença entre os meios de execução direta está no modo de penetração na esfera patrimonial do devedor. São eles: desapossamento; transformação; e expropriação. Esta última se desdobra em meio de desconto; meio da adjudicação; meio da alienação por iniciativa particular; meio da alienação por hasta pública; e meio do usufruto.

Ora, nada mais justo que a existência de um mecanismo executório que se sub-rogue na prestação que deveria ter sido adimplida pelo devedor. Afinal, se o estado não deve ser visto como um soberano, ainda assim tem que tutelar os direitos do seu cidadão.

Adiante, vejamos cada um desses meios de execução por sub-rogação pormenorizada-mente, mas sem o condão de esgotar o tema, até porque o núcleo da monografia encontra-se nos meios indiretos de execução.

2.1.1 Desapossamento

Segundo Dinamarco (1973, p. 112), o Código de Processo Civil de 1973 adotou uma postura de lógica jurídica ao atribuir para cada pretensão na execução um meio executório correspondente. Portanto existiria uma conexão clássica entre a) execução por desapossamento e execução para entrega de coisa; b) execução por transformação e execução de obrigações de fazer e não fazer; c) execução por expropriação e execução por quantia certa.

O Desapossamento é comumente o meio apropriado para a execução da obrigação de entregar coisa certa, e de direitos reais. É atividade simples e imediata. Caso a coisa seja móvel, existirá uma procura pelo bem, que será encontrado e entregue ao exequente. O art. 625: “não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou móvel” (BRASIL, 1973), distingue a busca e apreensão dirigida às coisas móveis, da imissão de posse, restringida a imóveis.

Assis (2013, p. 597-598) nos adverte que o campo do desapossamento orientado para a execução de entrega de coisa é mais largo do que o art. 621 do CPC permite inferir. Esse, por sua vez, limita-se a entrega de coisa certa a ação nascente de título extrajudicial. Excluir-se-iam assim as ações executivas de título judicial (como imissão de posse, de depósito). Com as mudanças ocasionadas pela Lei 11.232/2005, uma série de alterações legislativas evidenciaram a operacionalidade do meio executório do desapossamento advindo de título judicial. Assim: art. 475-I, primeira parte, o desapossamento ocorrerá na relação processual originária, seja o que se basear em provimento antecipatório (art. 273), seja o que emergir do provimento final. Como exemplo temos o art. 65. *caput* e §º 1 da Lei 8.245/1991, ao tratar de despejo, prevendo o emprego da força.

A bem da verdade, todas as ações executivas podem operar pelo meio do desapossamento. O incentivo de modificações, para evidenciar a flexibilidade do meio do desapossamento, ocorridas pela lei 10.444/2002, acabou acarretando em equívoco inverso contido pela descrição exegética do conteúdo do art. 461-A, *caput*, pois a ação não se torna executiva *lato sensu* por conta de uma modificação legislativa e sim por conta do direito material posto em causa. Ou seja, a força executiva retira o valor que está no patrimônio do demandado e reposiciona no do demandante. Portanto, o que distingue a execução *lato sensu* é a eficácia imediata da força executiva diante do direito material posto.

Assis (2013, p. 600) diz que em relação à certeza do desapossamento existe uma diferença entre os art. 621 do CPC e o art. 461-A. O primeiro fala em coisa certa e o segundo

apenas em coisa. Distintas que sejam as coisas fungíveis os bens móveis podem substituir outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. São assim feitos ou por que podem ser individualizados ou quantitativamente determinados. Caso não o sejam previamente serão em juízo. Seria impossível entrar na esfera patrimonial do obrigado sem saber exatamente o que procurar.

O objeto do desapossamento (ASSIS, 2013, p. 600-601) pode ser objeto móvel e imóvel, bem genérico e infungível. O dinheiro não poderia, pois tem como meio próprio a expropriação, vista adiante. Até mesmo a pessoa humana poderia ser objeto de entrega e desapossamento. No art. 839 do CPC habilita a necessidade de entregar pessoas, normalmente menores, a outrem. No entanto, o direito litigioso é estranho a execução em foco, porquanto não contém natureza obrigacional, visto apenas a título de curiosidade.

Quando o objeto do desapossamento for bem móvel será utilizado o procedimento de busca e apreensão. Por exclusão, chamar-se-á de imissão o procedimento de desapossamento para bem imóvel. Ora, por óbvio, não faria sentido a apreensão de um bem que sempre se soube a localização.

O desapossamento pode ocorrer pela entrega de coisa certa ou incerta. Os art. 461-A, § 1º, para título judicial, e 629, 630 e 631 para os títulos extrajudiciais, todos do CPC, preveem um incidente de individualização da coisa a ser entregue. A coisa incerta é, segundo o Código Civil art. 243, aquela determinada ao menos em relação ao gênero e à quantidade (BRASIL, 2002), como, por exemplo, uma certa quantidade de gado. A regra é que o devedor individualize a coisa.

Para Theodoro Jr (2014, p. 862) não há separação ou autonomia entre os atos característicos do desapossamento de busca e apreensão pois são interligadas as suas finalidades. O que esse autor quer dizer é que como os atos são, via de regra realizados simultaneamente, eles se complementam. O oficial de justiça ao efetuar a busca terá como finalidade a apreensão e esta não poderá dispensar uma busca ainda que simplificada.

O desapossamento é um meio executório eficiente. No entanto, como todo meio executório tem suas insuficiências. É só pensarmos na dificuldade fática de se efetuar a busca e apreensão de um bem. Se o executado não adimpliu espontaneamente poderíamos especular que ou descumpriu a ordem judicial por motivo peculiar ou para evitar um ônus decorrente do próprio bem apreendido. Nem sempre o bem móvel é de fácil transporte. Porém a transformação garante, muitas vezes, a tutela pretendida pelo exequente. Nesse sentido a eficiência.

2.1.2 Transformação

A transformação denota maior complexidade que o meio anterior. Pois é necessária a invasão da esfera patrimonial do executado para executar obrigações de fazer fungíveis ou direitos a ela equiparados.

Decorre do princípio da especificidade a ideia de que a resolução por perdas e danos são tratadas pelo sistema processual atual como medidas excepcionais. Menos interessante que a tutela específica objetivada e mais interessante que a tutela genericamente pensada, das perdas e danos, a transformação objetiva o resultado prático equivalente, ou seja, a forma reflexa da tutela específica. Por mais que não seja propriamente objeto deste estudo, convém trazer as anotações de Queiroz e Campos (2010):

Contudo, não há consenso sobre o instituto do “resultado pratico equivalente” disposto no caput do Art. 461, como forma reflexa da tutela específica. Os doutrinadores qualificam varias diferenças entre a aplicação da tutela específica e o resultado pratico equivalente, dentre elas:a) Somente é possível a tutela específica quando existe a possibilidade de cumprimento ou de correção do cumprimento imperfeito da obrigação, sendo o contrario a busca pelo equivalente. b) Quando possível a tutela específica, fica impedido, o juiz, de alterar o pedido imediato do autor, não obstante, fica munido das formas que achar necessárias, de ofício ou a requerimento da parte, para garantir o cumprimento da obrigação; todavia, frustrado ou impossível, a obtenção da tutela específica, mesmo sem requerimento, o juiz, na busca do resultado equivalente, pode além de alterar o pedido imediato, alterar o próprio bem da vida pretendido pelo autor; c) A obtenção do resultado pratico equivalente ao do adimplemento é coisa distinta da obtenção da tutela específica, e com ela não se confunde.

O que é a transformação? É o procedimento primordialmente utilizado quando, tendo em vista uma obrigação de fazer / não fazer, prescinde da especialidade do executado. Caso eu possa substituí-lo por outro indivíduo que seja capaz de exercer o papel pretendido, a transformação será viável e o resultado objetivamente similar ao que fora previamente estabelecido.

Por estar seu procedimento alocado naqueles que correspondem aos títulos extrajudiciais poderia se pensar que não serviria para os decorrentes de títulos judiciais. No entanto, devido a fungibilidade dos meios executórios, sabe-se que o incidente de transformação é real e normalmente utilizado.

O procedimento se inicia através do requerimento do exequente para a execução da obrigação não adimplida pelo executado às custas deste. A redação do art. 634 do CPC diz: “Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exequente, decidir que aquele o realize à custa do executado”. Ela foi simplificada pela lei 11.382/2006.

Será o juiz que recrutará terceiro. Esse, sendo Pessoa jurídica ou física, avaliará a natureza do fato, a respectiva extensão, e o custo do empreendimento, apresentando proposta ao juiz. A isso, dá-se o nome de orçamento/ ou apresentação de proposta.

O juiz, ao examinar o roteiro traçado pelo terceiro, aprovando a proposta, ordenará ao exequente que antecipe as despesas. O art. 637 do CPC assegura ao exequente o direito de preferência perante terceiro. O que é esse direito? no prazo de cinco dias contados da apresentação da proposta por terceiro, nas mesmas condições dadas ao empreiteiro que realizar a obra, sub-rogar-se na função que iria ser exercida pela empreitada.

Na certificação de cumprimento correrão dez dias da prestação do fato. Caso não haja impugnação dará por cumprida a obrigação. Se houver impugnação terá de decidir sobre ela.

Caso o contratante / terceiro não preste a obrigação da maneira correta, o credor poderá requerer, no prazo de dez dias da prestação insatisfatória, a reparação ou concluir agora por conta do contratante. Nesse caso o contratante será ouvido no prazo de cinco dias e o magistrado mandará avaliar o custo das despesas necessárias e condenará o contratante a pagá-lo.

O procedimento de transformação, acima mencionado, está disposto nos art. 633 à art. 637 do CPC.

Por mais que seja desanimador o método empregado por esse meio de execução, existem inúmeros deveres relevantes que clamam por execução específica e se subordinam à transformação. Por exemplo, a remoção de certo defeito construtivo do edifício, que esteja em unidade autônoma de um condomínio recalcitrante e incivil que impede o uso regular dos equipamentos sanitários do vizinho, terminará por refluir ao figurino do art. 634.

Como salientam Didier Jr. et al (2014, p. 493), a transformação está prevista inclusive na legislação material:

O próprio direito material prevê a possibilidade de prestação fungível de fazer ou o desfazimento do ato a cuja abstenção se obrigara o devedor serem executados por terceiro, à custa do devedor. Eis que diz, no particular, o Código Civil vigente: Art. 249. “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”. Parágrafo único. “Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Theodoro Júnior (2014, p. 638) explica que a razão de ser do procedimento da transformação foi a consideração da solução por perdas e danos como injusta e insatisfatória:

Como essa solução era, em muitos casos, injusta e insatisfatória, criou-se a concepção da fungibilidade de certas obrigações de fazer, que seria aplicável sempre que a prestação devida não fosse personalíssima e pudesse ser cumprida a contento mediante ato de terceiro. Assim, a execução da obrigação

poderia ser feita de maneira específica, proporcionando ao credor exatamente o resultado ajustado, mesmo sem a colaboração do devedor. A este, afinal, caberia suportar os custos da realização in natura da prestação por obra de outrem. A adjudicação do empreendimento a um terceiro fazia-se por meio de uma empreitada judicial, segundo o complicado procedimento traçado pelo Código de Processo Civil nos artigos 632 a 643.

Salienta Assis (2013, p. 572) que, na transformação, como nos outros casos de cumprimento voluntário da obrigação, finda a execução. Desde que no prazo assinalado o executado cumpra a obrigação de fazer. Caso assim o faça será inaugurado um incidente de verificação, previsto no art. 635, e caso o juízo considere como satisfeita a obrigação de fazer, o processo chega ao seu fim. O mesmo ocorre com a obrigação de não fazer.

Já Didier Jr. et al observam (2014, p. 491) que diferentemente do que ocorre na execução por quantia, o legislador não estabelece um prazo para cumprimento voluntário da obrigação de fazer. Portanto, fica a critério das partes caso tenham disposto no título previamente ou a critério do magistrado caso tenham sido omissas.

É importante que se faça a constatação de que até em um procedimento que majoritariamente visa a transformação pode ocorrer a medida coercitiva. É a constatação que fazem Didier Jr. et al (2014, p. 491), ao afirmarem que pode o magistrado fixar qualquer medida coercitiva, direta ou indireta, buscando compelir o devedor a realizar a prestação no prazo para cumprimento voluntário.

Ainda com Assis (2013, p. 631) para que ocorra a transformação será necessário que terceiro se apresente. Não poderá ser constrangido compulsoriamente a fazê-lo. No entanto, poderá ocorrer a renovação do procedimento baseando-se na época mais oportuna para o mercado e em novas e melhores condições.

O exequente será submetido ao incidente de encerramento. Tem o obrigado legitimidade e interesse para questionar a exatidão do cumprimento, valor e custos suplementares pelo excesso de diligência do credor. O terceiro, caso aprovada sua proposta, tornar-se-á contratante.

Na fase final será apurada a exatidão do adimplemento. Caso o contratante não cumpra a exatidão do adimplemento, o exequente insatisfeito deverá reclamar ao juiz.

O prazo de reclamação é de dez dias. Pode-se contar o início desse prazo desde a abertura do contraditório sobre o cumprimento (art. 635 do CPC) ou do esgotamento do prazo prescrito no edital. Depende da espécie de inadimplemento, se parcial ou total. Nesse período poderá o credor concluir e reparar o empreendimento por si ou através de terceiro por conta do contratante.

Oportunizar-se-á também o contraditório para o contratante. Ele poderá ter três atitudes: impugnar a postulação, admitir a reclamação ou se omitir.

Nessas três hipóteses a consequência será o juiz realizar a vistoria e avaliação. Se for o caso determinará o custo das despesas necessárias sem prejuízo das perdas e danos.

O provimento que condena o contratante pode ser impugnado por agravo, pois resolve o incidente. É interessante notar que se abre uma espécie de incidente de execução dentro do incidente de transformação e será aberta nova execução de custeamento. Ela se processará nos próprios autos da execução original.

Assis (2013, p. 635) questiona-se ainda se seria possível na hipótese de transformação o credor levantar o valor das cauções e deixar a prestação de fazer defeituosa. De acordo com o art. 569, *caput* o exequente pode desistir de qualquer medida executiva. Extinguir-se-ia assim a execução e será considerada cumprida a obrigação (art. 794, I).

Pontuamos que a transformação é teoricamente um meio executório de construção invejável. No entanto, a prática muitas vezes demonstra que esse procedimento está fadado ao fracasso. Pois, qual seria o sentido do exequente utilizar esse procedimento tendo em vista que, ao obter o valor pecuniário e as perdas e danos, poderia obter a tutela específica da mesma maneira que utilizando o direito de preferência disposto no código processual.

Acreditamos que, apesar da boa estrutura procedimental, essa forma de execução dá abertura para desvios de finalidade processuais. Isso porque indagamos sobre o sentido da escolha de um procedimento que na prática seria mais complexo que as perdas e danos e restituição do valor investido. A priori, tendemos a pensar que seriam favorecidos interesses escusos que não aqueles objetivados pelo devido processo legal.

2.1.3 Expropriação

Embora a terminologia da palavra seja aplicada em outros ramos do direito, o que nos interessa é seu conceito no processo civil:

A execução por quantia certa, também chamada de “execução por expropriação”, é a modalidade executória que incide nas circunstâncias em que há uma obrigação do devedor em pagar a seu credor quantia certa em dinheiro, através de título executivo judicial ou extrajudicial, podendo dirigir-se a devedores solventes (cujo patrimônio é suficiente para o pagamento da dívida) e insolventes (onde o patrimônio é inferior ao valor da dívida), tendo procedimentos distintos em cada situação. (ZENATTI, 2013)

A expropriação consiste na execução das obrigações pecuniárias através do corte da porção patrimonial correspondente ao valor da dívida. Tem seu início através de ato de afeta-

ção de semelhante parcela aos destinos do processo executivo, que é a penhora (excepcionalmente, nas dívidas alimentares é o desconto); se atingir, no entanto, coisa diferente do objeto de prestação (dinheiro), o que nunca ocorre no desconto, a expropriação se desenvolve de quatro maneiras² que denotam técnicas de conversão da coisa penhorada em dinheiro: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto forçado. O art. 475-J, que só abrange o ato inicial, remete tais técnicas.

Assis (2013, p. 675-677) diz que a expropriação é a técnica de excelência do processo executivo por conta de regras previstas no CPC que a consideram a principal saída frente a frustração eventual dos outros meios executórios (vide sub-rogação, art. 627, caput e coerção art. 733, § 2º). No entanto isso não significa o monopólio da expropriação no contexto do fenômeno executório. Tradicionalmente o direito pátrio não difere os procedimentos expropriativos que tem objetos de penhora diferentes como bens móveis e imóveis. É o mesmo rito. No entanto, existem procedimentos expropriativos especiais como a execução hipotecária (Lei 5.741/1971), do crédito da Fazenda Pública (Lei 6.830/1980) e quando a Fazenda Pública é executada (CF, art. 100).

Theodoro Júnior (2014, p. 648) salienta a flexibilidade desse meio executório:

O procedimento da execução por quantia certa consiste numa atividade jurisdicional expropriatória. A justiça se apropria de bens do patrimônio do devedor e os transforma em dinheiro, para afinal dar satisfação ao crédito do exequente. Eventualmente, os próprios bens expropriados podem ser utilizados na solução do crédito exequendo por meio de adjudicação. É nesse amplo sentido que o art. 646 afirma que “a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor”.

Para conferir didática a este estudo é necessário que se divida os diferentes procedimentos expropriatórios.

Assis (2013, p. 680-681) distingue a expropriação singular da coletiva. Essa característica decorreria das amplitudes subjetivas ou objetivas diferentes conforme a solvência do obrigado. Segundo o disposto no art. 957 do CC-02, é prevista a igualdade dentro da mesma classe de crédito. Pois se “não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”. Essa seria a regra que tornaria a expropriação coletiva e decorre da insolvência do obrigado. Caso o executado seja solvente, a execução dar-se-á pela antecedência temporal da penhora no caso do credor quirografário. Nesse caso, fala-se de um direito de preferência em relação aos demais credores da mesma classe. Aos credores privilegiados da mesma classe se aplica o art. 962 do CC-02. E em relação aos créditos reais, o art.

²Art. 647, I a IV, CPC (BRASIL, 1973).

1.422, *caput* manda observar a prioridade no registro e o rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

A insolvência é questão de fato. Está no art. 955 do CC-02 que existirá insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor. A insolvência civil ou expropriação coletiva, fora nas hipóteses de falência e liquidação judicial pertinentes à pessoa jurídica, tende a desaparecer no novo código. A expropriação singular se subdivide em adjudicação, alienação forçada e apropriação de frutos e rendimentos de empresas, estabelecimento e de outros bens.

O importante é que percebamos a fluidez do meio executório de expropriação em relação aos outros. Enquanto na transformação o prazo para cumprimento da obrigação deve ser estipulado pelo magistrado ou pelas partes, aqui decorre da lei e, portanto, torna-se o procedimento mais célere e eficiente: marca característica da expropriação.

De acordo com Theodoro Júnior (2014, p. 807), as execuções das obrigações de dinheiro são preparadas por meio de atos expropriatórios realizados judicialmente sobre o patrimônio do executado (art. 646).

Expropriar, do ponto de vista fático, é o mesmo que desapropriar e consiste no ato de autoridade pública por meio do qual se retira da propriedade ou posse de alguém o bem necessário ou útil a uma função desempenhada em nome do interesse público. No entanto, sobre o prisma jurídico, a desapropriação é entendida como o instituto referente ao direito material. Já a expropriação é a desapropriação inserida no bojo do ambiente processual.

De ordinário, a desapropriação transfere o bem do domínio privado para o domínio público do próprio órgão expropriante. No processo executivo, a expropriação dá-se por via da alienação forçada do bem que se seleciona no patrimônio do devedor para servir de instrumento à satisfação do crédito exequendo.

Os meios executórios se submetem aos valores prevalentes do ordenamento jurídico e ao desenvolvimento da sua época. A evolução tecnológica dá indícios que novos meios sejam empregados independentes da concordância do executado, na execução de créditos. Essa é a inferência da menção a “meios eletrônicos” no art. 685-C, § 3º. E a Lei 11.419/2006 abre a perspectiva da desmaterialização do processo, tornando inúteis os autos do papel.

Feitas essas considerações sobre a expropriação, iremos agora introduzir as técnicas de conversão da coisa penhorada em dinheiro, ponto relevante para que observemos a forma de interação na esfera patrimonial do executado mediante esse meio executório.

2.1.3.1 Desconto

O meio do desconto existe, pois, a remuneração da pessoa natural integra a garantia patrimonial do crédito alimentar. Dispõe o art. 649, IV c/c § 2º, do CPC na redação da Lei 11.382/2006, que a técnica de ablação, comum às formas expropriativas, se tornou mais simples. O juiz ordena à fonte pagadora o desconto da quantia devida e seu imediato pagamento ao alimentário. É o principal mecanismo da tutela executiva dos alimentos³.

Didier Jr. et al (2014, p. 700) observam que o meio do desconto tem preferência nas medidas de execução de alimentos. Essa prioridade decorre do alto grau de eficiência. Somente se não for possível o desconto em folha deve-se lançar mão da expropriação dos aluguéis ou outros rendimentos do devedor.

Figueiredo (2011) considera como de grande eficácia que esse meio tem para a prática judiciária:

É medida de grande eficácia, dificultando o inadimplemento do cumprimento da prestação, uma vez que o desconto faz-se de forma direta sobre folha de pagamento. Importa destacar que nesta modalidade o pagamento da prestação, ainda que realizado desconto sobre a remuneração do devedor, é efetivado por terceiro judicialmente responsável por tal feito. Por esta característica a técnica em apreço mostra-se vantajosa para o Judiciário na medida em que é capaz de reduzir a busca por tutela jurisdicional para ações de cobrança de prestações alimentares inadimplidas.

Nas obrigações alimentícias existe uma ordem de efetividade na escolha dos procedimentos. Aquele que será escolhido deve, *a priori*, ser o que garanta o alcance da prestação, os alimentos.

O procedimento do desconto em folha de pagamento será o prioritário. Em segundo lugar virá o procedimento do desconto de aluguéis e outras rendas do executado.

Será, em regra, como os demais cumprimentos de sentença. Com algumas peculiaridades advindas da proteção do vulnerável. O levante mensal da penhora, por exemplo, não é impedido pelo oferecimento de embargos.

Caberá ao magistrado fixar a medida do desconto sempre que essa for a mais efetiva. É realizada através da constrição online pelo magistrado diretamente na conta do executado sendo inclusive uma exceção a impenhorabilidade salarial.

³Art. 16 da Lei 5.478/1968.

2.1.3.2 Adjudicação

O meio da adjudicação visa evitar a dispendiosa alienação em hasta pública, assim o Art. 647, I na redação da Lei 11.382/2006, situou a adjudicação como o primeiro dos meios expropriatórios. O Art. 686, *caput* (“Não requerida a adjudicação...”), reforça a ideia. Então a adjudicação abandonou o caráter subsidiário que o direito anterior atribuía, pois só cabia no caso de frustração da alienação coativa. A adjudicação funciona quando o credor adquire o bem penhorado. A atual adjudicação engloba a antiga remição do bem, o art. 685-A, § 2º, e também permite ao cônjuge, descendentes, ou aos descendentes do executado, resgatarem o bem, e mantê-lo no patrimônio familiar. Os problemas que a adjudicação suscita, substancialmente, são similares ao da remição (ASSIS, 2013, p. 153).

Theodoro Júnior (2014) difere a adjudicação da remição, outrora prevista no art. 787, pois esta não configurava uma outra modalidade da expropriação, não passando de uma variante da arrematação em hasta pública, em que se deferia a alienação forçada ao cônjuge ou parente do executado, com preferência sobre o estranho arrematante. A Lei no 11.382/2006 acertadamente extinguiu a remição, revogando o art. 787, e criou, para seus antigos beneficiários, o direito de pretender a adjudicação, fora e antes, da hasta pública, com preferência sobre os demais legitimados (art. 685-A, §§ 2o e 3o).

Didier Jr. et al (2014, p. 633) lembram que permanecem hipóteses de remição no que tange o disposto no Código Civil art. 1.505, quando garante o direito a união ou o estado-membro remir a estrada de ferro hipotecada que fora arrematada ou adjudicada no prazo de quinze dias de sua intimação. Além disso, pode a união, o estado ou município remir o bem tombado que houvera sido arrematado ou adjudicado conforme art. 22 do Decreto-lei n. 25/1937.

Didier Jr. et al (2014, p. 625-627) consideram a adjudicação como uma técnica de pagamento ao credor-exequente. Trata-se de uma transferência forçada da titularidade de um bem que caso seja feita ao exequente serve como pagamento da dívida. Ela, que pode ser tanto de bens móveis quanto imóveis, diferencia-se do texto anterior em que só bens imóveis seriam passíveis de adjudicação. Atualmente o status da adjudicação é de forma preferencial de pagamento ao credor vide art. 647, I, CPC. Antigamente somente poderia ocorrer após a primeira tentativa de alienação forçada do bem penhorado. Adjudica-se o bem penhorado pelo valor da avaliação. Seu limite de ocorrência, embora não esteja explícito no regramento processual, é até o início da hasta pública. Não havendo licitante na venda judicial nada impede da admissão da adjudicação após a tentativa frustrada de alienação do bem a terceiros.

Ela pressupõe também a manifestação de vontade de qualquer um dos legitimados. Em relação ao exequente receberá coisa diversa da tutela específica da obrigação pecuniária. Portanto a adjudicação irá operar em pagamento até o valor da avaliação.

Conforme alerta Santos Neto (2010), a adjudicação é uma forma indireta de satisfação do credor:

A adjudicação, portanto, é também uma forma indireta de satisfação do credor, guardando semelhança nesse ponto com a dação em pagamento. É forma indireta porque o credor, tendo uma decisão judicial que lhe reconhece o direito de haver do devedor uma quantia líquida em dinheiro, aceita substituir tal quantia ou parte dela pelo valor do bem adjudicado.

Nos parece acertado essa tendência do sistema processual porque, em *ultima ratio*, é ao exequente a quem sempre vai interessar a satisfação da execução. Portanto, se o bem adjudicado for interessante para o exequente, sob o ponto de vista subjetivo, e não sendo o credor incapaz ou subsistindo interesses alheios, não existe empecilho prático para o término do procedimento através da satisfação diversa da obrigação originária.

Deverá ser requerida por escrito ou oralmente. É conveniente que o advogado tenha o poder especial para requerer conforme art. 38 do CPC.

Conforme indicam Didier Jr. et al (2014, p. 628), possui legitimidade para adjudicar além do exequente: o credor com garantia real, credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, cônjuge, descendentes e ascendentes do executado e, na hipótese de penhora de quota social por exequente alheio à sociedade, esta será intimada assegurando a preferência aos sócios.

A adjudicação integra a fase final da expropriação, ou seja, quando ocorre o pagamento. Nessa fase a satisfação do direito pode se dar de duas formas: a entrega do dinheiro ou a entrega do bem penhorado através da adjudicação ou do usufruto. Por intermédio da adjudicação o exequente receberá os bens no lugar do dinheiro.

Caberá aos legitimados para adjudicar peticionarem após a avaliação. Caso o valor do crédito seja inferior aos bens deverá o exequente depositar de imediato a diferença. Se superior irá prosseguir com o remanescente. Havendo mais de um pretendente será procedida a licitação. Havendo igualdade de oferta na licitação terá preferência, nessa ordem, o cônjuge, ascendente e descendente do executado.

Após todas eventuais questões o juiz determinará a lavratura do auto de adjudicação. Será expedida a carta se bem imóvel ou mandado de entrega ao adjudicatário se bem móvel. A importância da carta está relacionada a transferência no registro imobiliário. Nela constam

a descrição do imóvel, com a remissão a sua matrícula e registros, aprova de quitação do imposto de transmissão e a cópia do auto de adjudicação. Por fim, cumpre salientar que a adjudicação é um modo de aquisição derivada da propriedade.

2.1.3.3 Alienação por iniciativa particular

A alienação por iniciativa particular é outro atalho a hasta pública. O Art. 647, II, contempla esse meio e o art. 685-C o regula. Basicamente, o exequente, através de iniciativa própria, ou em concurso com o corretor credenciado pelo juízo de execução, a localização de interessado em adquirir o bem. O juiz irá fixar prazo para esses contatos preliminares, a forma da publicidade, o preço mínimo, condições do respectivo pagamento e garantias que venham a ser exigidas na venda a prazo, bem como, no caso de existir corretor, o valor da comissão.

Paz (2013) explicita a razão da existência desse procedimento alertando-nos sobre suas condições:

Trata-se a alienação por iniciativa particular de uma dentre tantas reformas pontuais trazidas pelo legislador no âmago de uma justiça célere e rápida. Todavia, não devemos descuidar dos demais princípios e regras que norteiam a relação processual, dentre estes o contraditório e o subprincípio da segurança jurídica, além, discorrendo sobre processo de execução, de que está deve ocorrer da forma menos gravosa ao patrimônio do devedor, mas de forma suficiente a garantir a efetividade do crédito buscado pelo credor.

Conforme Didier Jr. et al (2014, p. 635-644), a partir das modificações feitas pela lei nº 11.382/2006 caso seja penhorado um bem do executado, dá-se a expropriação que pode ser por alienação por iniciativa particular. Antes dessa lei a expropriação de bens era feita preponderantemente pela arrematação. Somente na ausência de arrematação é que poderia ser adjudicado o bem penhorado. Acontece que na hipótese do bem não ser adjudicado poderá ser feita a alienação por iniciativa particular. A alienação por hasta pública, portanto, ficaria em terceiro plano.

No que tange a alienação de iniciativa particular não se trataria de um contrato privado e sim uma venda judicial. Essa característica decorreria da fiscalização estatal prévia e no decorrer do meio expropriatório. Isso porque a busca de compradores não tem a obrigatoriedade da participação estatal. O exequente pode requerer a alienação por sua iniciativa ou por corretor credenciado conforme disposto no art. 685-C do CPC.

Em verdade o que a lei nº 11.382/2006 fez foi aplicar ao geral dos casos pois ela sempre foi possível nos juizados especiais cíveis como dispõe o art. 52, VII da lei nº 9.099/1995.

No procedimento dos juizados é possível que a alienação por iniciativa particular seja inclusive a valor menor do que o da avaliação desde que feita com a anuência das partes. Vig

nesse sistema o princípio da menor onerosidade devendo esse tipo de procedimento ser inclusive estimulado.

É importante lembrar que nessa modalidade de meio executório o magistrado estabelece os elementos do negócio, o prazo para sua realização, a forma de publicidade, o preço mínimo da alienação, as condições de pagamento, as garantias a serem prestadas, e caso o corretor seja nomeado, sua comissão. O objetivo é que o juiz não torne o procedimento excessivamente oneroso tendo em vista que esse foi criado visando a cooptação do adquirente e dispensa de publicação dos editais. Após a tratativa serão firmados termos nos autos e será expedida carta de alienação do imóvel ou mandado de entrega do adquirente. À carta de alienação se aplicam as regras da carta de adjudicação. Serão então assinados por exequente e adquirente. Caso haja a presença do executado esse também assinará.

2.1.3.4 Alienação por Hasta Pública

A alienação por hasta pública, como já falado, é um meio presumidamente ineficiente, e será aplicado, caso não requerida a adjudicação, art. 647, I do CPC, nem promovida pelo exequente a alienação por iniciativa particular, art. 647, II do CPC, assim se infere do Art. 686, *caput*; Então, resta a opção de alienar o bem em hasta pública, art. 647, III do CPC.

Conforme Didier Jr. et al (2014, p. 646-647), o Estado promove a alienação do bem e um terceiro propõe-se a adquiri-lo. São duas declarações de vontade que se juntam na formação do negócio jurídico. O Estado convida a oferta e o licitante a realiza. É, portanto, uma relação jurídica de direito público.

Alhures mencionado, a alienação por hasta pública tem como objetivo a arrematação. Provém de um costume no jargão do leiloeiro dizer que: “Há quem mais dê? Se não, arremato”. O estado aceita a oferta, consuma o negócio jurídico de transferência do domínio sobre a coisa. No entanto cabe observar que mesmo concretizada não é o último ato procedimental. Existe o auto de arrematação (vide art. 694, CPC) e a carta de arrematação além da possibilidade dos embargos.

Conceituam, então, Didier Jr. et al (2014, p. 647) a arrematação como o negócio jurídico de direito público, pelo qual o Estado, no exercício de sua soberania, transfere, ao licitante vencedor, o domínio da coisa penhorada, mediante o pagamento do preço.

Lima (2012) nos lembra que hasta pública é gênero dos qual praça e leilão são espécie:

Tanto a praça como leilão são formas de expropriação de bens, próprias da fase de execução, que têm como finalidade satisfazer o direito do credor. Utiliza-se o termo hasta pública, quando se tratar de bem móvel ou imóvel,

levado à praça ou leilão. O termo hasta pública é gênero, do qual praça ou leilão são espécies. Assim, temos que os bens serão arrematados em hasta pública. A expressão “praça” tem origem no direito romano, já que a arrematação do bem realmente ocorria em uma praça, na qual se hasteava uma lança (hasta). Ainda hoje é normalmente utilizado o termo “hasta pública”, quando se refere ao local em que se dá a expropriação dos bens penhorados, sendo certo, porém, que atualmente, o local do ato expropriatório é o átrio do edifício do fórum, quando se tratar de praça ou do local onde se encontrar os bens, se não houver licitantes na praça, quando se tratar de leilão.

Assis (2013, p. 867-868) explicita que através da forma de hasta pública, a praça e o leilão são, genericamente falando, a oferta dos bens penhorados, em lote ou individualmente, ao público presente, que disputara através de ofertas sucessivas cada vez mais elevadas. Não existe nenhum limite temporal a duração da hasta pública. Se desenvolvem em ambos procedimentos a existência de duas licitações. Na primeira só são aceitas o lance em valor maior do que o da avaliação. Na segunda será feito pelo maior lance desde que ressalvada a inadmissibilidade do preço vil (art. 686, VI). O auto negativo diz respeito ao não comparecimento na primeira licitação. É documento dispensável. A oferta se tornar ineficaz em confronto com outra superior, ainda que esta seja declarada nula em momento posterior.

O presidente da arrematação é o juiz. Sua presença física não é imprescindível no local do evento. O órgão judiciário resolverá eventuais incidentes através da provocação das partes, leiloeiro / porteiro.

A autoridade judiciária será a responsável pela alteração da ordem de oferecimento dos bens, encerramento da hasta, e suspensão do evento pelo advento da noite, reconhecimento da idoneidade do fiador, entre outras incumbências.

A preferência a arrematação em globo, como exemplo, é instrumento interessante que visa garantir a maior satisfação da execução conferindo preferência a aquele que objetivar o lance global sobre os bens ofertados.

O arrematante tem um prazo para completar a eficácia do seu lance. Poderá ser dada diretamente ou no prazo de quinze dias mediante oferecimento de caução (vide art. 690 do CPC).

É certo que a diferença qualitativa entre o objeto da prestação e o da penhora desaparece com a alienação coativa deste, em hasta pública, e a subsequente entrega do produto da venda ao credor, art. 708, I, do CPC.

O procedimento da alienação por hasta pública é dispendioso, longo e tortuoso, pois abrange várias etapas, sejam: avaliação, porque se rejeita a repugnante venda do bem por preço vil, art. 692, *caput* do CPCe, ao mesmo passo, a apuração do valor do mercado permite

modificar e adequar a constrição à bitola da dívida, art. 685 do CPC; da publicação de editais, ou modo semelhante de publicidade- pois a venda será a certame público e a qualquer interessado; e a arrematação, na qual o órgão jurisdicional aceita a proposta mais vantajosa e transfere o domínio da coisa, do executado ao adquirente.

No entanto, há de se convir que esse procedimento tem sua utilidade. O legislador, por diversas vezes, cria procedimentos ponderando gradativamente situações de fato nas quais é necessária maior celeridade em detrimento de segurança jurídica, e o contrário também. Nesse caso o procedimento dispense maior quantidade de tempo porém goza da oficialidade procedimental completa do aparato estatal, o que garante maior segurança.

2.1.3.5 Usufruto

O meio do usufruto funciona para bens penhorados, móveis ou imóveis, que sejam frutíferos. Ou seja, a satisfação do credor acontecerá através da expropriação do direito parciário, através da adjudicação, por período de tempo, dos rendimentos do objeto de constrição, art. 716 do CPC. O estatuto designa usufruto como a expropriação do direito à fruição e uso da coisa, Art. 708, III do CPC. Até o momento, é escassa a aplicação desse instituto. É surpreendente a manutenção do mecanismo através da Lei 11.382/2006. De qualquer forma, de acordo com a ordem proposta do Art. 647, situa-o em último lugar, revelando se tratar de recurso extremo (ASSIS, 2013, p. 154)

Porém, conforme observam Didier Jr. et al (2014, p. 687) se é certo que a execução interessa ao credor devendo ser efetiva (art. 612 do CPC), também é certo que deva se processar da forma menos onerosa para o devedor (CPC, art. 620).

Esse instituto tem origem luso-brasileira. Uma lei de 1774 que disciplinou os leilões, arrematações de bens do Depósito Geral, fixando as regras para as preferências já estabelecia em seu § 24 que caso os bens valessem em dobro do crédito exequendo devia o juízo da execução determinar a avaliação dos rendimentos anuais e adjudicá-los ao credor pelo período de anos que fossem suficientes para o pagamento da dívida (MOREIRA apud DIDIER Jr. et al, 2014, p. 688).

Segundo Caio Mário Pereira (2014, p. 247-248), a natureza jurídica do usufruto diverge daquela ao qual dispõe o código civil para dispositivo homônimo: como um direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar a sua substância enquanto destacado da propriedade temporariamente. É diversa a concepção elencada no código processual.

Teria maior semelhança a anticrese pois pressupõe a existência da dívida (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 690).

Dizem Didier Jr. et al (2014, p. 691) que não obstante a semelhança terminológica com o usufruto do Código Civil e sem embargo da similitude de outra figura civil, que seja a anticrese, o usufruto judicial consiste num meio de expropriação não se confundindo com os direitos reais disciplinados pelo direito material.

Didática é a observação de Theodoro Júnior (2014, p. 474), observando que apenas a alienação por iniciativa particular e a hasta pública são atos puramente de instrução da execução por quantia certa, já que a adjudicação e o usufruto forçado, ao mesmo tempo que expropriam bens do devedor, satisfazem também o direito do credor. Sendo, então, figuras que integram a terceira fase da execução por quantia certa, ou seja, a fase de satisfação ou pagamento.

Elencados os meios de sub-rogação, através da observação da construção jurídica desses, nos fica claro que a eficiência da execução tem sido cada vez mais o objeto de preocupação do sistema processual. E ser eficiente significa satisfazer a execução da melhor forma que convir. A conveniência da execução é preferencialmente exercida, através dos diversos meios executórios, pelo credor que opta pelo melhor para a satisfação de sua pretensão. Isso porque nos parece que o sistema processual entende como melhor prestação jurisdicional aquela que *mutatis mutandis* efetive a execução e repare eventuais prejuízos do não cumprimento do *pacta sunt servanta*.

Segundo Didier Jr. et al (2014, p. 706), o meio de expropriação escolhido deve tentar resguardar o princípio da menor onerosidade para o devedor. Nesse sentido, aprioristicamente o meio do usufruto deveria ser prioritário ao da expropriação definitiva porque findada a dívida retornaria para o proveito do executado. A observação é pertinente porque parece ser a escolha menos prejudicial, a longo prazo, ao executado.

Por outro lado, quando se fala de preferência dentro do procedimento executório escolhido o legislador por vezes abre mão da robustez do aparato estatal para, a exemplo do que ocorre com a ordem de preferência na expropriação, efetivar de maneira célere a execução. Invadindo a esfera patrimonial do executado tenta-se dar cabo do feito de maneira que privilegie o exequente. Portanto, destacamos a celeridade como um princípio subentendido no deslinde do procedimento executório. Não como um fim em si mesma, mas com um objetivo claro: a efetivação da pretensão do exequente.

E não poderia ser diferente pois, como afirmam Didier Jr. et al (2014, p. 25-26), o direito a uma prestação tem a necessidade de concretizar-se no mundo físico. Quando o sujeito

passivo não cumpre a prestação surge a lesão. Sendo a autotutela, via de regra, proibida, somente resta ao exequente recorrer ao Poder Judiciário. Assim, o que queremos pontuar com esse capítulo é que até mesmo na execução direta o direito do exequente a pretensão orienta o procedimento. Portanto, é a pretensão do exequente que irá balizar a possibilidade dele escolher o meio que melhor lhe convir. No entanto, em relação ao Poder Judiciário surge uma outra pretensão: a de que seus meios executórios consigam ter a máxima efetividade. Estritamente desvinculada, portanto, da primeira.

2.2 DA EXECUÇÃO INDIRETA

Dando prosseguimento ao nosso estudo iremos discorrer sobre a execução indireta. No entanto, antes é necessário tecer considerações acerca do procedimento executório nas obrigações de fazer / não fazer, tendo em vista que fazem parte do objeto de nossa análise investigativa. No entanto, embora a execução indireta e as astreintes sejam muito mais relacionadas às execuções de obrigação de fazer/ não fazer, a elas não estão restritas. A execução indireta é usada acessoriamente para execuções de dar e mesmo de pagar (art. 475- J)

Já foi visto que o conteúdo da obrigação em muito influencia o procedimento executório. Isso porque a satisfação plena da execução dar-se-á observando o conteúdo da obrigação pactuada pelo credor e devedor.

A importância da coerção no processo vai muito além da resolução do deslinde processual. Tem também respaldo social, pois aumenta a credibilidade do ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, aduz Fialho (2011, p. 1):

O fato de se ter um processo judicial que reconhece um direito, mas não consegue efetivá-lo, em muitas vezes, é encarado pela grande maioria da sociedade brasileira como um fato aceitável, ou até mesmo normal, entretanto, quando um determinado cidadão, individualmente, passa por uma situação semelhante sente-se lesado, indubitavelmente se indigna com a calamidade da prestação jurisdicional pátria.

A lógica do sistema processual é de estimular a colaboração voluntária do executado e, na medida do possível, satisfazer a execução da maneira menos intrusiva possível. No entanto, existem hipóteses em que a atuação do executado é indispensável.

Nosso trabalho tem como foco as obrigações de fazer / não fazer, ou seja, prestações que necessitam da conduta ou abstenção de um indivíduo/ grupo determinado ou determinável. O código civil, ao tratar das obrigações de fazer e não fazer, disciplina nos arts. 247 a 251 as regras pertinentes do tema.

No caso das lides originadas pelo descumprimento dessas obrigações, após a certificação do direito, que pode ser constatada através da via judicial ou extrajudicial; e iniciado a fase / processo de execução, o magistrado deverá observar o direito certificado. Como nossa abordagem limita-se a execução indireta das obrigações de fazer / não fazer iremos focar nas decisões decorrentes desse tipo de lide. Tratar-se-á, nesse caso, de um provimento mandamental que deverá ser executado.

O objeto principal da postulação de uma tutela mandamental, pois, é exatamente a obtenção de tal mandado. O provimento mandamental, dentro desse contexto, contém uma ordem dirigida a outra autoridade pública ou à própria parte vencida, agindo sobre a vontade do seu destinatário, impondo a imediata prática de um ato ou a abstenção de tanto. Trata-se de provimento jurisdicional que descende das decisões proferidas em sede dos antigos interditos romanos. O magistrado, igual ao pretor romano no *interdictum*, não condena o sucumbente a uma prestação no âmbito da tutela mandamental, mas ordena que o vencido faça ou deixe de fazer determinada coisa e realiza tal atuação dentro da mesma relação processual. Há, pois, verdadeira ordem judicial, e não simples condenação. (TEIXEIRA,2012)

A decisão mandamental prevê uma medida coercitiva indireta, uma vez que objetiva compelir o devedor ao cumprimento da ordem judicial. Nesse caso, seria necessária a colaboração do executado.

Vale salientar que podemos vislumbrar a diferença da Execução direta e indireta através da correlação das tutelas executiva e mandamental com a noção das tutelas “genérica” e “específica”, proposta por Didier Jr. et al (2014, p. 411-412). A tutela genérica, é aquela que substitui o resultado pelo equivalente em dinheiro; a específica, dá ao exequente o resultado previsto pelo direito material. Assim, os meios de execução englobados pela execução direta, almejando satisfazer a tutela executiva, podem alcançar tanto a tutela específica quanto a genérica. Em se tratando da execução indireta, a mesma não visa à substituição do direito material, pois baseia-se na coerção indireta. Deverá, portanto, necessariamente almejar a tutela específica ou o resultado prático equivalente.

Para Theodoro Júnior (2014), concernente as obrigações do art. 461 do CPC, ao cumprimento forçado, em juízo, da prestação na forma prevista no título da obrigação de fazer ou não fazer, atribuiu-se o *nomem iuris* de “tutela específica”. Quando o valor pecuniário for o objetivo inicial, como no art. 461-A, também será tutela específica. A execução do equivalente econômico denominou-se “tutela substitutiva” ou “subsidiária”

É que, ainda segundo Didier Jr. et al (2014, p. 419), o grande problema para a obtenção da tutela específica sempre se verificou nas obrigações que tinham por objeto um fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro. Isso porque o devedor tinha uma espécie de direi-

to de não cumprir seu dever. Uma ideia errônea de que a satisfação do exequente poderia sempre ser monetariamente convertida. Ainda segundo o autor, isso se origina da influência sofrida no século XIX e XX, pelo pensamento liberal.

De toda a sorte, na execução das obrigações de fazer e não fazer inverteu-se o quadro. Atualmente é o credor que pode optar, no caso do descumprimento, entre a exigência específica do cumprimento ou a exigência do ressarcimento pecuniário. Esse fenômeno jurídico convencionou-se chamar de primazia da tutela específica (DIDIER Jr., et al, 2014, p. 423).

No art. 461 do CPC está explícita a opção do legislador que privilegiou a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento nas obrigações de fazer / não fazer.

Então existem três hipóteses as quais o credor pode vislumbrar: a possibilidade de se obter a tutela específica, a de se obter o resultado prático equivalente e a indenização por perdas e danos.

Bueno (2004, p. 1.404) aduz que a diferença entre o resultado prático equivalente e a tutela específica está mais fortemente relacionada ao pedido imediato do que o pedido mediato, que seria o bem da vida em questão.

Para Didier Jr. et al (2014, p. 426) não se trata de equivalente pecuniário e sim equivalente em fazer e não fazer. Quando o legislador utilizou a conjunção “ou” fora como conjunção coordenativa alternativa. Assim, a ideia do resultado prático equivalente não confundir-se-ia com a obtenção da tutela específica. Além disso, a possibilidade do julgador utilizar medidas coercitivas diretas e indiretas para a obtenção da tutela específica estaria no § 5º do art. 461. Seria trabalho duplo e desmotivado a inserção de um dispositivo para repetir o que está disposto em outro.

Marinoni apud Didier Jr. et al (2014, p. 428) segue posição doutrinária semelhante ao dispor que tanto no art. 461 do CPC quanto no art. 84 do CDC a expressa a possibilidade do juiz dar conteúdo diverso do fazer ou não fazer pedido, ou até mesmo impor outro fazer ou não fazer, desde que o resultado prático equivalente seja semelhante ao obtido no adimplemento da obrigação originária. Ou seja, a obtenção do resultado prático equivalente deve ter resultado semelhante do que se obteria com o cumprimento da prestação.

Resta-nos então dar seguimento e estudar a terceira hipótese possível: conversão em perdas e danos.

Conforme verificamos à luz do art. 313 do Código Civil, mesmo que a prestação seja mais valiosa o credor não está obrigado a recebê-la. Então, diferente do pensamento de Mari-

noni e Arenhart (2011, p. 424) para os quais essa prestação diversa seria devida, a obrigação pecuniária só será convertida em perdas e danos por opção do credor ou pela impossibilidade da obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

Nesse sentido a observação de Didier Jr. et al (2014, p. 430) sobre o equívoco do código civilista atual, em seu art. 389, de repetir o art. 1.056 do código civil anterior e afirmar que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado”. Tratando-se especificadamente da obrigação de fazer insistiu no equívoco, conforme disposto no art. 247 do Código Civil. Ora, como já visto, a tutela específica é um direito subjetivo do credor e portanto só pode ser disposto pelo próprio sujeito de direito⁴.

Feitas essas considerações sobre as possibilidades de realização / satisfação da tutela mandamental pelo julgador, cumpre-nos voltar nossa atenção à escolha do credor da tutela específica através do meio executório conveniente: a execução indireta e mais especificadamente, a execução indireta nas obrigações de fazer / não fazer.

Antes de adentrarmos nas medidas executivas conformadas como indiretas é preciso que se conceitue o que viria a ser execução indireta. Fazendo alusão ao primeiro capítulo desse trabalho no que tange a terminologia de execução direta / indireta e meios executórios, é necessário que se entendam como sinônimos os termos execução indireta e meio executório de coerção.

Segundo Assis (2013, p.145) o meio executório de classe coercitiva é aquele em que a capacidade precípua do mecanismo é captar a vontade do executado.

Para Didier Jr. et al (2014, p. 35) os meios executivos de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo como uma espécie de “estímulo” ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode dar-se pelo medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, como é o caso das chamadas sanções premiaias, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

Conceituado o que viria a ser execução indireta, é necessário que relacionemos ela com a decisão mandamental advinda das obrigações de fazer / não fazer.

De forma sucinta, Greco (2001, p. 496) relaciona os meios coativos a infungibilidade:

Se a obrigação é naturalmente infungível, isto é, se a sua satisfação somente pode ser obtida através de um ato de vontade ou de uma atividade do próprio devedor, não está ao alcance do juiz substituir-se a este para realizar a pres-

⁴ “Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível” (BRASIL, 2002).

tação almejada pelo credor. Neste campo ainda prevalece, embora de modo bastante mitigado, o princípio do *nemo praecise ad factum cogi potest*, porque o devedor não pode ser privado da sua liberdade ou da sua dignidade humana para contra a sua vontade satisfazer o credor com a execução do serviço ou da obra.

Discordamos desse posicionamento. A fungibilidade dos meios coativos é o que garante a maior efetividade da execução no caso concreto. Além disso a liberdade do executado pode, ainda que no grau psicológico, ser mitigada, mesmo que de maneira tênue. Pensar o contrário seria desconhecer do caráter coercitivo das astreintes.

Conforme salientamos, seguindo posicionamento de Didier Jr. et al (2014, p. 436-437), a decisão mandamental se contrapõe a decisão executiva e prevê uma medida coercitiva indireta que atue na vontade do devedor de forma a compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Ao invés do estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, ele persuade, através da coação psicológica, o executado a cumprir a obrigação. A decisão fundada n art. 461-A pode ser tanto mandamental quanto executiva. No entanto, a tendência é que seja mandamental.

É importante que percebamos a importância da coerção no sistema da execução. Desde o direito arcaico um dos princípios atinentes a execução é a efetividade. A coerção, para que se considere como meio efetivo da execução, não pode ser mitigada. É instrumento que garante a efetividade da tutela executiva. Se o direito sempre necessitou da sanção para fazer valer sua “palavra” então a coerção é uma das máximas de que dispõe o estado para conseguir fazer justiça.

Ainda ensina Didier Jr. et al (2014, p. 437), que não há dúvidas sobre o art. 461, § 5º consagrar o poder geral de efetivação e que esse é cláusula geral de atipicidade dos meios executivos. Trata-se de uma cláusula geral executiva e o rol é meramente exemplificativo. O objetivo do artigo é garantir o direito fundamental à tutela executiva.

O que é importante evidenciar é que as decisões judiciais não estão adstritas, conforme o art. 461 § 5º, as medidas que o exequente requerer. Em outras palavras, o julgador pode determinar que a prestação seja cumprida e para buscar sua efetivação, impor providência executiva não requerida pela parte ou mesmo distinta da que foi requerida (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 441).

Caberá ao julgador entender, baseando-se no princípio do melhor resultado, as melhores medidas executivas a serem impostas. Caso escolha pelo meio executório da coerção estará promovendo a execução indireta.

2.2.1 Da Coerção

Conforme leciona Assis (2013, p. 145), no ordenamento pátrio atual, a coerção utiliza a ameaça de prisão (art. 733, *caput* e § 1º) e de imposição de multa em dinheiro (arts. 287, 461, §§4º e 5º, 461-A, §3º, 644 e 645).

Nem sempre fora assim. Dentre os meios executórios de coerção, nos ateremos a Roma como nosso marco inicial tendo em vista sua importância para o *Civil Law*. Assis (2013, p. 146) faz uma abordagem histórica. A *manus injectio* fora o mais antigo dos meios executórios institucionalizados pelo direito romano.

Thibau et al (2013) fazem um percurso histórico sobre as execuções, e é importante ressaltar que no início a coerção pessoal era a regra:

Iniciando a cadeia história, o Direito Romano passou gradualmente da fase da autotutela ao monopólio estatal da jurisdição. No início, o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo, isto é, o devedor entregava-se como escravo, até que a sua dívida fosse quitada com o credor. No transcorrer do tempo, a execução forçada passou por um processo de humanização, no sentido de que seria o patrimônio do devedor o responsabilizado e não mais a pessoa deste.

Para Rezende (2014) antes mesmo de haver um processo de execução em Roma já se podia falar do particular exercendo seus próprios meios para fazer valer a decisão: “nos primórdios do direito romano, nem sequer havia um processo de execução estatal: o vencedor fazia valer a decisão proferida por seus próprios meios, podendo, inclusive, fazer uso da força. Ficava o devedor à mercê do credor”.

É de suma importância essa constatação. A necessidade da efetividade da decisão é anterior ao processo. De alguma maneira, extraímos desse valor anterior de efetividade e contentamento com a decisão o entendimento de que a efetividade precisa ser preservada conquanto anterior a própria existência dos sistemas jurídicos complexos. É mais um indício o sentimento de justiça está intimamente ligado ao conteúdo da decisão e, portanto, do seu cumprimento específico.

Em um primeiro período no Direito Romano, conforme Rezende (2014) caracterizou:

No período das *legis actiones*, compreendido entre a fundação de Roma, em 754 a.C, e a metade do século II a.C., verificavam-se duas espécies de “ações” que se podia afirmar terem natureza executiva: a *manus iniectio* e a *pignoris capio*. A primeira, muito mais utilizada, é verdadeiramente representativa do período, razão pela qual limitamo-nos à sua exposição.

Baumöhl (2006, p. 85) traça o perfil da *manus injectio*, caracterizando-a como verdadeiro instituto de vingança privada:

Caracterizava-se, basicamente, por seu elevado rigor em face do executado, traduzindo-se em verdadeira vingança privada, apenas fiscalizada pelo pretor. (...) Ou seja, o nexum vinculava o devedor pessoalmente, admitindo-se o seu aprisionamento, escravização e mesmo seu extermínio, desde que fora do solo romano.

A *manus injectio* (ASSIS, 2013, p. 146) perdurou até a época da *extraordinaria cognitio*, quando passou a conviver com a já moderna *actio iudicati*. A *manus injectio* era caracterizada pelo emprego da força contra o próprio obrigado. Caso o crédito remanescesse insatisfeito, após a ciência do devedor, este pagaria com a morte.

Em um segundo período do Direito Romano, explica Rezende (2014):

No período do chamado processo per formulas (metade do século II a.C. até século II d.C.), para garantir o direito reconhecido pela decisão judicial, surgiu a *actio iudicati*, por meio da qual se buscava o cumprimento da obrigação, com fulcro na sentença condenatória, após o transcurso do prazo conhecido como *tempus iudicati*, concedido ao devedor para o adimplemento.

A *actio iudicati*, segundo Baumöhl (2006, p. 89), tinha os contornos de uma execução pessoal de caráter patrimonial: “seguindo uma mentalidade mais humanizadora, a execução da *actio iudicati* que obedecia a procedimento praticamente idêntico ao de sua antecessora, a *manus iniectio*, podia ser considerada ‘uma espécie de execução pessoal patrimonizada’”.

Esse fora um dos registros mais antigos do emprego de coerção pessoal no âmbito do direito.

A pessoalidade não era exclusividade dos romanos, se não o estudo de Thibau et al (2013):

Após o Império Romano e a Era Cristã, com a tomada de poder na Europa pelos povos germânicos, considerados como bárbaros, houve o retorno da execução privada sobre a pessoa do devedor, por eles considerada como o método mais correto... A atividade cognitiva, portanto, era posterior à atividade executiva, a qual, por sua vez, não dependia de procedimento judicial para legitimar-se.

Ou seja, ocorrera um retrocesso, tendo em vista que o direito germânico era sobretudo excepcionalmente favorável ao credor, o qual poderia buscar seu adimplemento até mesmo pela força e que não era vestido da oficialidade do estado, situação que já se configurava em Roma.

Não faz parte de nosso trabalho a completa descrição histórica dos acontecimentos no âmbito da coação no processo de execução. Mas percebemos que a maior ou menor força do uso da coerção e, mais precisamente a pessoal, variou ao longo da história. Após o direito germânico, por exemplo, e com o advento do direito medieval a coerção novamente viria a ganhar força com a *mulcta*, captura e a temível *excomungatio* (ASSIS, 2013, p. 147).

Ainda com Assis (2013, p. 147), somente com a revolução francesa de 1789, e seu viés liberal, fora semeado o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas. Logo no início da revolução de 1789, a *contrainte par corps*, ou seja – constrição pelo corpo - desapareceu. Com a regressão da república, no entanto, recuperou seu prestígio como coerção pessoal e garantiu seu regresso por prolongados anos.

A regra proveniente da experiência histórica abordada e que influencia nosso ordenamento pátrio é a de que *nemo potest cogi ad factum*, ou seja, ninguém pode ser diretamente obrigado/coagido a praticar ato a que se obrigara. O inadimplemento da obrigação infungível (nuda *facta*) resolver-se-ia no equivalente pecuniário, acrescido de indenização, porque intangível a pessoa do executado à força estatal, consoante a regra (ASSIS, 2013, p. 147).

Devido ao problema do cumprimento do *facere* infungível, no direito comparado, podemos citar três expedientes principais de indução compulsória do executado ao cumprimento e nos quais discorreremos com maior precisão: as astreintes, o regime misto alemão e o *contempt of court*.

A primeira, fruto que será de nossa investigação, é uma multa pecuniária, caracterizada pelo exagero do algarismo e ausência de limites temporais.

O segundo condena o executado ao pagamento de uma soma em dinheiro e não exclui a ameaça de prisão nos casos em que o valor pecuniário não se mostrar cobrável.

O terceiro reputa o desacato e desobediência o descumprimento da ordem emanada do Tribunal. É, nas palavras do autor, considera por muitos o instrumento mais eficaz para realizar concretamente os direitos do credor face as obrigações infungíveis.

Nas palavras de Assis (2013, p. 148):

Entre nós, a técnica coercitiva da *astreinte* é contemplada nos arts. 287, 461, § 4º e 5º, 461-A, §3º, 621, parágrafo único, 644 e 645 do CPC. Mas, como deflui de certas disposições incriminatórias, a exemplo do art. 22, *caput*, da Lei 5.478/1968, e da genérica possibilidade de qualificar o comportamento concreto do executado como ofensivo à dignidade da jurisdição (art. 14, V), caracterizando desacato, o direito pátrio sanciona pessoalmente situações análogas. Caminha o ordenamento, portanto, nos rumos do *contempt of court*, que a generalização da eficácia mandamental tanto clama. Por enquanto, o atentado à atividade jurisdicional rende multa (art. 14, parágrafo único), mas há clamor para agravar a situação do desobediente, submetendo-o a tipo penal genérico.

Cumpre-nos dividir as hipóteses dos meios executórios de coerção. Subdividimos entre coerção pessoal e patrimonial. Os quais serão vistos nos tópicos a seguir.

2.2.1.1 Coerção Pessoal

Aduz Assis (2013, p. 150-151) que o descumprimento de duas obrigações conduz o devedor à prisão por dívidas. Elas estão elencadas na constituição federal como exceções à regra constitucional de que não haverá prisão civil por dívida. São, respectivamente, a obrigação pecuniária alimentar e a obrigação alternativa de entregar a coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro. A primeira das exceções é considerada pelo autor como agregada por um valor mais expressivo que o da segunda.

Nas palavras de Didier Jr. et al (2014, p. 699) a execução de alimentos é modalidade de execução por quantia certa contra devedor insolvente. Recebe tratamento especial em razão da natureza e relevância da prestação a ser efetivada.

Conforme Santos (2012):

Obrigação alimentar é o múnus público regulado por lei, cujo fundamento é a solidariedade familiar, pelo qual estão os parentes obrigados a prestarem-se assistência mútua, de forma a viverem de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, desde que não tenham bens suficientes, nem possam prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, possa fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Em relação à obrigação alimentar, cumpre-nos advertir de que a coação pessoal (art. 733, § 1º do CPC) é apenas um dos três mecanismos de tutela diferentes. Além dela existem o desconto (art. 734 do CPC) e a expropriação (art. 646 do CPC). A justificativa para existência de tão diversos meios de tutelar esse tipo específico de obrigação é que abunda na terapia executiva o interesse público na rápida realização forçada do crédito alimentar (ASSIS, 2013, p. 1003).

Parece-nos que nesse tipo de obrigação o desconto tem preferência, logo depois virá a expropriação de aluguéis e rendimentos. Caso as duas medidas anteriores não alcancem o fim colimado, não haverá ordem de preferência entre a expropriação ou a coação pessoal. Conforme Assis (2013, p. 1035), entre a coação e a genérica expropriação do patrimônio do alimentante não há qualquer ordem prévia.

Seguem a mesma linha Didier Jr. et al (2014, p. 700-701) mas ressalva ao dizer que o meio utilizado deve ser escolhido atentando para duas circunstâncias essenciais: idoneidade e aptidão para conferir uma tutela efetiva ao credor; e a menor onerosidade para o devedor.

Surge dúvida doutrinária acerca da possibilidade de coação pessoal nos títulos executivos extrajudiciais. Nas palavras de Assis (2013, p. 1055), em síntese, desejável que seja o título judicial, como normalmente acontece na execução do crédito alimentar, admite-se o em-

prego do título extrajudicial, conforme prevê, relativamente ao idoso por exemplo, o art. 13 da Lei 10.741/2003.

Para colaborar com a tese, constatam Didier Jr. et al (2014, p. 702) que negar-se uso das medidas de coerção para a efetivação de título alimentar extrajudicial é contra-estímulo a esta forma alternativa de solução do conflito o que contradiz a tendência atual de fomentá-la. Não haverá credor de alimentos que fique satisfeito com a possibilidade de execução do seu título extrajudicial mediante simples expropriação (ou desconto em folha), se obtendo um título judicial, contará também com a possibilidade da prisão civil do devedor inadimplente.

O procedimento para inserir a coerção indireta funciona da seguinte maneira: o devedor será intimado para, no prazo de três dias, pagar, provar que pagou ou justificar porque não o fez. Feito o pagamento o juiz prolata a sentença, dando fim ao feito. Caso não seja feito o pagamento oportuniza-se ao executado a apresentação de defesa. Nessa ele poderá alegar que: já pagou ou a existência de outro fato extintivo / impeditivo como novação e transação; impossibilidade de pagar – nesse caso a temporária visto que a definitiva prescinde de ação própria.

Comprovando o pagamento o julgador irá extinguir a execução por sentença. Se comprovada a impossibilidade temporária o juiz dará seguimento ao processo procedendo a penhora e demais atos que visem a expropriação patrimonial.

Caso não sejam encontrados bens, suspenderá a execução até o surgimento de bens para o pagamento do crédito. Deverá ser deferida audiência, a requerimento do ministério público, para que o executado comprove a impossibilidade do pagamento das prestações alimentícias. A simples alegação de impossibilidade de pagamento não desonera o devedor.

Na hipótese de não ser comprovado o pagamento nem a impossibilidade temporária, o juiz terá o dever de decretar a prisão civil do executado (DIDIER Jr. et al, 2014, p. 703).

No que diz respeito à obrigação alternativa de entregar a coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro, anota-se que a hipótese da prisão civil do depositário infiel foi excluída do nosso ordenamento jurídico pelo enunciado número 25 da súmula vinculante.

Cumpre-nos expor o raciocínio de Oliveira (2010):

Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. A Posição “atual” do STF – tese já defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes - os tratados internacionais de direitos humanos (quando não aprovados na forma do § 3º do art. 5.º da CF) ingressam no ordenamento jurídico com status supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais (ECs) pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três

quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal. No caso da prisão civil do depositário infiel, embora as leis (Código Civil etc) que a prevêm estejam de acordo com a CF/88, estão em desacordo com o Pacto de San José da Costa Rica (que a proíbe). Por isso, as normas que versam sobre prisão civil do depositário infiel, embora vigentes no ordenamento, são inválidas.

No entanto, Didier Jr. et al (2014, p. 473) entendem ser possível a imposição da prisão civil como técnica coercitiva em hipótese de obrigação de entrega de coisa de conteúdo não-patrimonial, como, por exemplo, a entrega de um medicamento.

2.2.1.2 Coerção Patrimonial

Assis (2013, p. 148) explicita que somente através do *facere* infungível, no qual exige a participação insubstituível do executado, se conseguiria explicar a demanda pela medida cominatória. Essa medida teve como característica o preceito, ordem ou cominação posta pelo julgador e desde o momento em que despachava a inicial o magistrado cominaria a pena pecuniária ao réu.

Fazendo uma breve abordagem histórica as medidas cominatórias remontaram desde o direito filipino passando aos códigos de processo estaduais brasileiros até o código de processo civil de 1939 (ASSIS, 2013, p. 149). Os magistrados, no momento da edição do código de processo Buzaid, adotaram postura tímida em cominar a pena na inicial, e até de prove-la com base em cognição sumária. Assis (2013, p. 149) especula que a influência dos civilistas franceses e do sistema da *astreinte* tenha sido decisivo para o desaparecimento prematura da cominatória.

A partir de então a doutrina passou a se fixar seguindo as diretrizes da jurisprudência. Nesse sentido ganhou importância e significado a figura da *astreinte*. Conforme dispõem os arts. 287 e 644 do CPC, à condenação em prestação de fazer fungível e infungível, positivas e negativas, possibilitam através de pedido e condenação explícitos ou independentemente de pedido (ante o disposto no art. 84, § 4º, da Lei 8.078/1990 e do art. 461 § 4º) multa pecuniária por dia de atraso no cumprimento. Conforme estabelecem os arts. 621, parágrafo único e 645 do CPC essa medida também se aplicará para os títulos extrajudiciais (ASSIS, 2013, p. 150).

Segundo Assis (2013, p. 150) as inovações em relação ao remédio monitorio tradicional são: o termo inicial da multa no vencimento do prazo de cumprimento fixado pelo juiz derivado do efeito condenatório/ ou decorrente da lei/ou na execução de eventual liminar/ou na de título judicial provisória ou definitivamente, ou na execução fundada em título extrajudicial e; a característica da pena ignorar limites podendo ultrapassar a medida econômica da prestação.

Por outra via, também é considerada medida coercitiva indireta a solvência da Fazenda Pública através das rendas no caso de prestação pecuniária. Do qual não iremos nos delongar por não ser objeto de nossa investigação.

Não podemos esquecer do *contempt of court*, O dispositivo do sistema processual civil pátrio que mais se aproxima do instituto em inglês é o que encontramos no art. 14 do CPC:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Conforme salienta Fialho (2013) sobre a proximidade do instituto do *contempt of court* e das *astreintes*:

A aplicação dos distintos institutos busca claramente atribuir alguma efetividade ao processo civil pátrio, contudo de maneiras diferenciadas, uma pela coação do devedor, outra através da preservação da dignidade da Justiça. É de bom alvitre salientar, que a aplicação do *contempt of court*, ou, da norma contida no art. 14 do CPC, no âmbito dos processos cíveis que tramitam nos fóruns brasileiros, ainda se mostra muito tímida, o que não deveria acontecer, pois, é um forte instrumento para coibir as práticas processuais que buscam procrastinar a satisfação das obrigações impostas contra os devedores.

Nosso objeto de investigação compreende as *astreintes*. Elas serão tratadas no próximo capítulo com a devida minúcia.

3 ASTREINTES

3.1 CONCEITO

Para que possamos prosseguir em nosso estudo devemos conceituar o que viriam a ser as astreintes. Conforme salienta Breitbach (1988, p. 123), “o conceito serve como ponto de partida da observação, uma vez que designa, por abstração, aquilo que num primeiro momento não é diretamente perceptível, e vai paulatinamente sendo explicitado na medida em que a realidade fenomênica vai sendo desvendada”.

Segundo o dicionário do “google”, a palavra astreintes, originária da língua francesa, significaria “penalidades”. Ainda do mesmo dicionário, a palavra “astreint”, a qual origina a outra, significaria “Constrangido”. Portanto, pela etimologia da palavra, o sentido de astreintes está intrinsecamente relacionado ao constrangimento de alguém. E, segundo o dicionário “léxico”, constranger significa: Forçar uma pessoa a realizar alguma coisa que a mesma não quer; obrigar, coagir ou impor; Inibir a movimentação de; segurar, premer ou apertar; Embaraçar, atrapalhar ou acanhar; colocar alguém numa situação desconfortável.

De certo é que não se trata o instituto de inibir a movimentação de ninguém, porque já falamos da coerção pessoal. E também não é interessante embaraçar o executado porque queremos que ele cumpra a obrigação exequenda. Então, por sorte, percebemos que o sentido do instituto é forçar alguém a realizar alguma coisa que não quer. Com toda certeza a força do instituto coincide com sua etimologia. As astreintes só são um meio de coerção efetivo porque tem a capacidade psicológica para forçar o executado.

Prossigamos então para os conceitos da doutrina.

As astreintes, segundo Moacyr Amaral dos Santos (1988, p.205), são: “o processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base título judicial ou extrajudicial (Cód. de Proc. Civil, art. 583), empregando medidas coativas, efetiva e realiza a sanção”.

Esse conceito, *data venia*, não nos parece distinguir completamente o instituto. Isso porque não aprofunda seu objeto, deixando dúvidas quanto a diferenciação das astreintes em relação as outras multas anteriormente mencionadas em nosso trabalho. O *contempt of court*, por exemplo, visa preservar a dignidade de justiça, mas não podemos olvidar que na prática serve a coação do executado, ainda que, tendo apenas como objetivo secundário a efetivação da tutela jurisdicional.

Matos (2014), por seu turno, aduz:

As astreintes sendo meio coercitivo por excelência, traduz-se em uma ameaça, um temor psicológico destinado a impelir o réu a adimplir uma ordem judicial, que imponha o cumprimento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, com o escopo de garantir a efetividade da tutela judicial concedida e o respeito ao Estado Democrático de Direito.

Embora respeitemos os argumentos da autora supracitada, não nos parece suficiente definir as astreintes pela ordem judicial em que elas recaem. Isso porque, a multa do art. 14º § único, por exemplo, também poderia ser aplicada. E mais, provavelmente para o executado teria algum caráter psicológico ainda que esse não seja, em verdade, o objetivo daquela multa.

Carla Maria de Souza Pereira (2007, p. 4) conceitua as astreintes:

Trata-se de multa imposta nas obrigações de fazer fungível e infungível, positivas ou negativas e entrega de coisa certa a qual pode ser deferida até de ofício pelo juízo para o caso de descumprimento de determinação judicial contida em decisão que antecipa a tutela ou em sentença.

Já Medina (2002, p. 352), por sua vez, observa outras características da multa:

A multa tem caráter acessório e eventual. Se o descumprimento da obrigação acarreta a exigibilidade da multa, parece mais adequado considerar que se está diante de condenação para o futuro, mesmo porque a execução da multa será outra execução, semelhante à execução por quantia certa.

Didier Jr. et al (2014, p. 445-446) preferem adotar terminologia diferente das astreintes chamando-as de multa coercitiva. Para ele, essa multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta de ofício, ou a requerimento, no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. É uma técnica de coerção indireta em tudo semelhante às astreintes. Tem caráter coercitivo porque não é indenizatória nem punitiva. Justamente por isso, o valor irá ser revertido a parte adversária mas não a título de perdas e danos. Além disso tem caráter acessório. A finalidade de sua aplicação é a coação para o cumprimento da prestação. Ainda, em relação ao caráter coercitivo da multa, não tem teto nem limite previamente estabelecido. Se, por exemplo, fosse uma cláusula penal (art. 412 do Código Civil), por ser punitiva, teria.

Para Assis (2013, p. 661):

A *astreinte* consiste na condenação do obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra, por cada dia de atraso, mas que pode ser “por tempo de atraso” (art. 461, § 5º), no cumprimento da obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica do vínculo.

Conceito esse mais robusto e que traz elemento que posteriormente iremos trabalhar. A desvinculação da multa com a importância do vínculo.

Conceituaremos então, observando os supramencionados autores, o equivalente pátrio das astreintes como: multa coercitiva que tem por finalidade atuar no psicológico do executa-

do para efetivar a tutela jurisdicional executiva e que não tem qualquer vinculação com a importância econômica do vínculo.

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para podermos compreender a origem do instituto das astreintes temos que entender o contexto histórico no qual desencadeou a necessidade do mecanismo processual estudado. Além de a Revolução Francesa ter simbolizado o término do sistema absolutista e das regalias da nobreza, o povo, em geral, obteve maior autonomia e os direitos sociais aumentaram em destaque. No entanto, a burguesia conduziu a revolução para consagrar seu domínio social. Nessa época estabeleceram-se alicerces da sociedade capitalista e burguesa.

Nas palavras de Lemos (2012):

Todo esse complexo quadro histórico narrado, acrescido, ainda, da disseminação da tutela pelo equivalente monetário e dos princípios da abstração das pessoas e dos bens (artigo 1142 do Código Napoleão), colimou na construção de um processo executivo com a finalidade precípua de obter, “sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”. Tal instrumento, que é irrestritamente autônomo e independente do processo de conhecimento, acaba, também, por ser ordenado de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade dos cidadãos, impregnado em todos os seus elementos dos valores de igualdade e de segurança jurídica. Ao cabo, portanto, restou edificado sobre forte influência dos ideais libertários.

As astreintes surgiram no direito francês como solução para o afastamento da coerção pessoal e alternativa para a nem sempre conveniente indenização por perdas e danos, Pricoli (2012) comenta sua origem:

Visando proporcionar melhor compreensão do instituto, serão, a seguir, tecidas considerações sobre o surgimento e a evolução da astreinte: figura do Direito francês que inspirou a multa em apreço, de forma a delinear seus principais contornos. Com o advento do Código Civil francês, vigente a partir de 21 de março de 1804, consolidou-se, naquele ordenamento jurídico, o princípio ideológico *nemo potest cogi ad factum*. Desde então, o emprego de constrições pessoais na execução de qualquer *facere* estava nitidamente vedado, restando, em consequência, comprometido o alcance da específica prestação devida ao credor.

E continua, Pricoli (2012) arrematando:

Todo esse complexo quadro histórico narrado, acrescido, ainda, da disseminação da tutela pelo equivalente monetário e dos princípios da abstração das pessoas e dos bens (artigo 1142 do Código Napoleão), colimou na construção de um processo executivo com a finalidade precípua de obter, “sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”. Tal instrumento, que é irrestritamente autônomo e independente do processo de conhecimento, acaba, também, por ser ordenado de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade dos cidadãos, impregnado em todos os seus elementos dos valores de igualdade e de

segurança jurídica. Ao cabo, portanto, restou edificado sobre forte influência dos ideais libertários.

No ordenamento jurídico pátrio as astreintes são utilizadas desde 1985. Salienta a inclusão da multa coercitiva, Schenkel(2007):

No Brasil, as astreintes foram incorporadas ao Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, estando expressamente previstas no seu art. 461, §4º. Todavia, mesmo antes da sua positivação no código mencionado, as multas já vinham sendo utilizadas com êxito por outros diplomas legais, como da defesa dos interesses ambientais (art. 11 da LACP – Lei nº 7.347/85), e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor (art. 84, § 4º, do CPC – Lei nº 8.078/90).

Nas palavras de Assis (2013, p. 662):

Contra as repercussões práticas dessa orientação, os tribunais franceses desenvolveram o expediente de aplicar, em casos tais, multa de valor extraordinário e extremamente gravosa, com o fito de premir a vontade do obrigado. Trata-se de sanção indireta ao inadimplemento, baseada numa lei psicológica que proclama a preferência da pessoa humana pelos comportamentos de menor esforço, e sua aplicação reiterada, na maioria das vezes, forçou o obrigado ao cumprimento pontual.

Percebamos que sua inclusão no sistema processual foi, de certa forma, paulatina. O primeiro sistema que a consagrou foi o Direito Ambiental. Logo após veio o microsistema consumerista e findou abrangendo o processo civil em geral.

No próximo capítulo iremos finalmente adentrar no objeto de nosso trabalho: a desvinculação das astreintes ao valor econômico da obrigação principal. De acordo com nosso método de estudo dedutivo já verificamos as alternativas as astreintes, o contexto em que se insere a multa coercitiva e sua conceituação. Agora iremos adentrar na problemática por nós estudada.

4 DA VINCULAÇÃO DAS ASTREINTES AO VALOR ECONÔMICO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

4.1 VISÃO DOUTRINÁRIA

Em um primeiro momento devemos abordar a problemática das astreintes destacando a opinião especializada. A doutrina corresponde a fonte secundária do direito que conforme ensina Barrozo (2010): é considerada como fonte por sua contribuição para a aplicação e também preparação à evolução do direito.

Pertinente, para nosso estudo, é a observação de Carla Maria de Souza Pereira (p. 10):

Cabe frisar que o caput do artigo 461 do CPC não contém nenhum parâmetro para a fixação do valor da multa e não impõe qualquer limite. O que a legislação prevê é a possibilidade de redução ou aumento no valor da multa já fixada diante da possibilidade de verificação pelo magistrado ou colegiado de que se tornou excessiva ou insuficiente, conforme dispõe o § 6º do artigo supramencionado.

Assis (2013, p. 150), destaca a característica das astreintes ignorarem o valor da pena e salienta a possibilidade da multa coercitiva ultrapassar a medida econômica da prestação. É porque a multa coercitiva sempre apresentará uma fraqueza: a insuficiência patrimonial do destinatário da ordem. Conforme já mencionado para este autor não existe relação objetiva nenhuma da multa com o vínculo. A emissão do pronunciamento impondo a pena é acessória da resolução principal tomada pelo juiz, e o valor da multa aumentará no decorrer do tempo ou com as infrações do executado persistindo ou se renovando.

Para reforçar seu entendimento, Assis explica como as *astreintes* são aplicadas no ordenamento jurídico de sua origem:

Em França, a *astreinte* é definitiva - insuscetível de revisão – ou provisória (cominatória), quer dizer, é ou não limitada no tempo e, portanto, tem valor final determinado, e é aplicada de ofício pelo juiz da execução. Liquida-se a pena tão logo constatado o atraso ou o descumprimento, total ou parcial, do devedor. Se provisória a pena, o órgão judiciário poderá suprimi-la e moderá-la, adequando-a, assim, à expressão econômica da obrigação. Mas, sendo definitiva a *astreinte*, o obrigado somente se livrará do seu pesado ônus em virtude de força maior ou de caso fortuito, porque a pena possui valor adrede estabelecido, tenha ou não o credor obtido, entretantes, o adimplemento *in natura*.... Seja como for, explica René Savatier,¹⁸² a *astreinte* coíbe “uma situação ilícita p. ex., as precipitações poluentes de certa indústria em águas públicas(*non facere*)” ou coage “o poeta a compor o prometido soneto(*facere*), mediante a virulência da pena pecuniária”. Todavia, alcançado o adimplemento ou tornado possível esse resultado, ao juiz se faculta diminuir a pena, evitando o enriquecimento injustificado do credor. Uma progressiva dissociação das perdas e danos marcou o desenvolvimento da *astreinte*.¹⁸³ E, ademais, abandonou o campo restrito das obrigações de fazer, abrangendo também obrigações pecuniárias. ¹⁸⁴ (ASSIS, 2013, p. 662-663)

Assim a doutrina francesa trouxe tanto a possibilidade de revisão da pena das astreintes quanto a imutabilidade da pena pecuniária. Observe-se que caso as astreintes fossem definitivas não existiria tal possibilidade. É somente nas astreintes provisórias que se vislumbraria a revisão. E estaria estritamente vinculada a expectativa de adimplemento da obrigação exequenda. Portanto, a priori, a mecânica do instituto não estabeleceu vínculo econômico algum, tão somente vínculo com a efetividade da prestação.

Para Didier Jr. et al (2014, p. 446-448) embora não exista a priori um limite máximo para a multa é possível no caso concreto adequar a medida a parâmetros razoáveis. Caberia ao magistrado esse controle. É interessante notarmos a sugestão do autor quanto ao cronograma de aumento ou redução progressivos da multa relacionados a obediência do executado ao comando decisório. Através de um calendário com o aumento ou a redução progressiva da multa baseado no adimplemento muitos problemas seriam resolvidos. Nos posicionamos, na maioria das vezes, a favor da prevenção como forma de evitar conflitos posteriores desnecessários.

Existem aqueles como Reinaldo Filho (2012) que pensam existir uma noção de proporcionalidade entre o valor da multa e a obrigação principal pretendida. *Data venia*, não é esse nosso pensamento, embora copiamos na íntegra os argumentos do autor:

Fica evidenciada, portanto, a necessidade de uma relação de proporcionalidade entre o valor da multa e a obrigação principal que se pretende seja cumprida através de sua aplicação. A multa tem caráter acessório, não podendo se tornar mais interessante para o credor do que a prestação do próprio direito material em disputa. Nesse diapasão, também a esse instituto de natureza processual deve ser observado um princípio básico do Direito: de que “o acessório segue o principal”, no sentido de que o que é acessório existe em razão e gravita em torno do bem ou valor principal.

É importante ressaltar que a relação de compatibilidade e adequação entre a multa e a obrigação principal não somente deve ser observada no momento de sua fixação. Ao estabelecer o valor da multa diária em decisão liminar ou na sentença, o Juiz deve arbitrá-la em patamar “suficiente ou compatível com a obrigação”, diz o parágrafo 4º. do art. 461 do CPC. Essa relação de compatibilidade deve também ser perseguida na hipótese de **execução** do valor acumulado da multa em determinado período, em caso de inobservância (parcial ou total) pelo obrigado. Na cobrança da multa acumulada deve ser tomado como parâmetro ou limite, quando possível, o valor da obrigação principal ou bem material que se procura preservar. Se a decisão judicial que fixa originalmente a multa tem por escopo a garantia ou preservação de um determinado bem jurídico, é indispensável que, na execução do valor acumulado, se preserve uma relação de proporcionalidade com esse bem que constitui o objetivo da prestação jurisdicional.

Nesse tocante concordamos com Matos (2014) para quem as astreintes não podem se limitar ao direito material posto em causa, sob pena de esvaziar seu caráter psicológico:

Insta salientar que, em que pese existir divergências doutrinárias, prevalece o entendimento de que o manejo das astreintes é uma maneira de coerção ou

constrangimento que visa proteger a autoridade do comando imposto na decisão judicial, obrigando o devedor recalcitrante a prestar determinada obrigação, a cumprir uma norma, sob pena de pagamento de uma prestação pecuniária. Assim, as astreintes funcionam como multa acessória à obrigação principal, independe de perdas e danos, não possuindo caráter indenizatório e não devendo ser limitada ao valor da obrigação principal.

No entender de Amaral (2004, p. 57), por exemplo, as astreintes são um modo de zelar pela dignidade de justiça. Utilizam-se os meios disponíveis sem atentar contra à pessoa humana. É um pensamento que se contrapõe a autores como Marinoni e Arenhart (2011, p. 78) e Theodoro Júnior (2014, p. 92) por não considerar a ameaça como ontologicamente a função da multa. No entanto não nos retira a preocupação que a multa exerça seu papel, pois, se não, a dignidade da justiça será maculada.

Cumpramos observarmos o pensamento de Nery Junior (1997, p. 899) que fixa outros parâmetros para a aplicação da multa, qual seja o valor subjetivamente exorbitante para o executado:

A multa diária deve ser imposta de ofício ou a requerimento da parte e seu valor deve ser expressivamente alto, uma vez que possui natureza inibitória, ressaltando que o juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é o de obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas compeli-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Caso contrário, esvaziar-se-ia a própria noção das astreintes. A multa coercitiva está quase sempre vinculada a um contexto em que a prestação específica precisa ser realizada. Qual seria o sentido de prover o mecanismo processual de semelhante inovação para, logo após, esvaziar o seu poder de coerção. A priori poderia se conceber até a esdrúxula situação do inadimplente que prejudica a execução como forma de onerar o exequente. E que assim o faz baseado na ineficiência da multa coercitiva.

Interessante é a ressalva de Câmara (2007, p. 54):

A multa deve ser fixada em valor suficiente para pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a decisão judicial. Afirmou-se em respeitável sede doutrinária que 'seu valor deverá ser exorbitante, desproporcional ao conteúdo econômico da causa, mas adequado à pessoa do executado. O valor da multa não guarda relação com o conteúdo econômico do direito posto em causa'. Realmente, o valor da multa terá de ser fixado em função da capacidade econômica do devedor, de forma a ser capaz de constrangê-lo psicologicamente. Multas excessivamente baixas são ineficazes, assim como as excessivamente altas. Não me parece adequado, porém, dizer que a multa deve ser exorbitante. A multa deve ser 'pesada' o suficiente para assustar, constranger, sem, contudo deixar de observar o princípio da razoabilidade. Quero dizer com isso que a multa deve ser alta o suficiente para constranger psico-

logicamente o devedor, mas não pode ir um centavo além do necessário para que tal pressão aconteça.

Percebemos nesse tópico, então, que a doutrina brasileira parte do pressuposto que não existe um limite legal pré-fixado para as astreintes. Embora alguns autores ponham em questão o critério da proporcionalidade e adequabilidade, outros acreditam que a multa embora tenha caráter acessório possui essência psicológica, isso quer dizer, o estabelecimento de um limite esvaziaria seu caráter coercitivo. Além disso, originariamente a doutrina francesa, como Savatier, que defendia a redução das astreintes vinculava o enriquecimento sem causa do executado ao adimplemento da obrigação. Ora, não se pode *a priori* coibir o enriquecimento injusto do autor se o adimplemento é tardio e em nada satisfaz a execução.

4.2 VISÃO JURISPRUDENCIAL

Após estabelecermos as visões da doutrina, vamos agora analisar os apontamentos jurisprudenciais sobre o tema. Antes de mais nada, é importante notarmos que não há qualquer norma legal que trate da limitação da multa processual, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a cláusula penal: “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” (BRASIL, 2002).

Por isso, a jurisprudência se torna tão importante. Se a limitação existe, pode ser constatada, como veremos, através do pensamento dos magistrados. Pois o fenômeno é fruto da criação jurisprudencial. Então nossa investigação irá partir da jurisprudência que limita ao valor máximo da obrigação. Iremos analisar os argumentos e comparar com aqueles que desvinculam o valor econômico da obrigação principal à aplicação das astreintes.

Sobre a importância dos precedentes no contexto do trabalho, caberia ao STJ fixar tese vinculante sobre o tema, pois tem como sua incumbência a interpretação da jurisprudência infraconstitucional / legal e sua uniformização.

Nesse sentido, já fora perdida uma grande oportunidade, através do procedimento especial do recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. ASTREINTES. DESCABIMENTO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. "Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível." 1.2. "A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada." 2. Caso concreto: Exclusão das astreintes. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/04/2014, S2 - SEGUNDA SEÇÃO)

Isso porque, quando escolheu matéria digna de controvérsia, poderia, o STJ, ter adentrado no tema, coisa que não fez, apenas admitindo que a multa processual elidida não integra a coisa julgada. Embora essa decisão revele a instrumentalidade do instituto das astreintes, apenas se admitiu no caso concreto a possibilidade de exclusão da multa. Não foram fixados os parâmetros para a redução. Até porque, o caso escolhido fora de exibição incidental de documento, o qual já tem prévio entendimento sumulado que resultou na exclusão da multa do caso concreto desnecessitando a redução da mesma ao valor econômico da obrigação.

Assim, devido à omissão de caráter vinculante, cabe-nos adentrar no tema e analisar os argumentos expostos para trazer à baila um entendimento coerente com a natureza do instituto. Posto que, inicialmente traremos argumentos a favor da limitação da multa ao montante da obrigação principal e após, jurisprudência que desconstrua esse entendimento.

4.2.1 Jurisprudências que Limitam o Valor da Multa ao da Obrigação Principal

A 4.^a Turma do STJ no REsp. 13.416-0-RJ, 17.03.1992, entendeu a limitação do valor da pena como forma de evitar o enriquecimento sem causa. Temos, no entanto, que fazer a advertência de que se tratava de uma ação cominatória. Instituto que caiu em desuso com o advento do Código Buzaid:

Ação cominatória. Execução. Pena pecuniária. CPC, arts. 287, 644 e 645. Enriquecimento indevido. Limitação. CC, arts. 920 e 924. Hermenêutica. Recurso inacolhido. I - O objetivo buscado pelo legislador, ao prover a pena pecuniária no art. 644 do CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se a 'astreintes' do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao direito repugna. II - É da índole do sistema processual que, inviabilizada a execução específica, esta se converterá em execução por quantia certa, respondendo o devedor por perdas e danos, razão pela qual aplicáveis os princípios que norteiam os arts. 920 e 924 do CC. III - A lei, que deve ser entendida em termos hábeis e inteligentes, deve igualmente merecer do julgador interpretação sistemática e fundada na lógica do razoável, pena de prestigiar-se, em alguns casos, o absurdo jurídico.
(STJ - REsp 13.416-0-RJ - Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 17.03.1992, DOU 13-4-1992).

Os argumentos explicitados pelo acórdão são: a impossibilidade da coação servir de justificativa ao enriquecimento sem causa; a possibilidade da execução específica ser convertida em execução por quantia certa como se fosse perdas e danos; e a aplicação da razoabilidade como forma de afastar o absurdo jurídico.

Tentando reservar um espaço para a conclusão, cabe desde já algumas indagações sobre a argumentação do órgão colegiado. Quanto ao primeiro argumento, trata-se de construção já sedimentada pelos tribunais de que a multa processual não poderia ensejar o enriquecimento

sem causa. Os juristas que assim entendem, se posicionam pela máxima extraída do código civil. O primeiro apontamento é extraído a partir da observação de que as astreintes não são um instituto de direito material. A maior parte da doutrina, como já vimos consideram-nas como uma multa processual, ou no máximo híbrida. Não poderíamos falar então em enriquecimento sem causa, instituto de direito material, para uma multa que tem vínculo eminentemente processual.

Sobre o segundo argumento, da possibilidade da execução específica ser convertida em execução por quantia certa, é necessário o devido cuidado. Isso porque, a execução por quantia certa não é o objetivo colimado. Trata-se, por sinal, de instituto que deveria ser utilizado somente no caso da inviabilidade da execução específica. Limitar o valor das astreintes a obrigação principal nos parece perigoso. Isso porque estaria se permitindo o esvaziamento do instituto e o retrocesso a época de sua inexistência. O sentido das astreintes é justamente o de coagir o executado a não resolver a situação pelas perdas e danos. Não procede, portanto, o argumento.

Quanto ao terceiro argumento, com a devida vênia, não nos acomete maior absurdo jurídico do que a insatisfação da execução específica. De certo que deva haver razoabilidade, mas de acordo com a expectativa de adimplemento. Querer limitar as astreintes ao valor econômico da obrigação principal não nos parece lógico e muito menos razoável. De certo que no caso concreto uma situação de redução da multa possa coincidir com o valor econômico da obrigação. Mas aqui já introduzimos a necessidade de critérios mais razoáveis para a redução da multa, tendo em vista que a priori não existe vinculação.

Mais tarde, a 4ª Turma no RESP Nº 793.491 – RN, 26/09/2006, tornou a decidir pela impossibilidade da multa inviabilizar o enriquecimento sem causa. Como a 4ª Turma acompanhou os votos do relator, é interessante trazer à baila seus argumentos, quais sejam:

Como sabido, a finalidade da multa é compelir o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer. Nesse sentido, tal pena não pode chegar a se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal, ao menos não a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa.

No caso dos autos, houve desvirtuamento da cominação. A multa ultrapassou em muito o valor da intempérie administrativa e tributária gerada pela omissão da empresa, que não teria alcançado seiscentos reais. Aliás, o próprio veículo sinistrado, um Ford Escort de 1991, valia R\$ 5.000,00.

Nesse sentido, a recalcitrância da instituição, embora tenha realmente ocorrido, não pode ser punida de forma desmesurada, atingindo patamar milionário, sob pena de gerar enriquecimento sem causa e ferir a lógica do razoável. Assim, tendo em conta todas essas peculiaridades, entendo razoável reduzir o montante referente à multa para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

4. Isso posto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento. Fica prejudicada a MC n. 10.988/RN.

(STJ, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 26/09/2006, T4 - QUARTA TURMA)

Novamente a 4ª Turma, sem justificar adequadamente os motivos que ensejaram a limitação das astreintes ao valor econômico, utilizou o argumento do enriquecimento sem justa causa para reduzi-la ao montante da obrigação. A novidade em relação ao outro julgado é acrescentar que a multa não pode ser considerada mais interessante do que a prestação em jogo. Discordamos por evidenciar que na fase de execução, nada seria mais interessante que o adimplemento da obrigação. A justiça nesse momento processual se dá através da tutela pretendida. Sendo que o descaso não poderia ser limitado ao mero limite da obrigação principal. Parece-nos, que o executado ganha garantias para a burla do instituto. Principalmente nos casos onde a execução específica garantiria a segurança jurídica. Limitar a multa ao valor das obrigações nos parece uma forma de reduzir o instituto próprio ao mundo dos fatos ao limitado interesse pecuniário, do qual deveria estar sempre no segundo plano.

Nos parece que a 4ª Turma patrocina a tese da limitação das astreintes ao valor econômico da obrigação principal:

CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa. II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(STJ - REsp: 947466 PR 2007/0098684-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 17/09/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2009)

Aqui, a utilização do argumento de razoabilidade e proporcionalidade serve como impulso para a limitação ao valor econômico da obrigação principal. É como se os tribunais estivessem utilizando um parâmetro fora da casuística dos casos concretos para se imiscuir do aprofundamento necessário no tema estudado.

Até mesmo a 3ª Turma do STJ, que muitas vezes possui entendimento divergente da 4ª Turma, julgou recente processo limitando ao valor da obrigação principal a incidência da multa processual:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. MULTADIÁRIA. LIMITAÇÃO. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Os agravantes não apresentaram argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçam a decisão agravada, razão que enseja negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Agravo regimental que se nega provimento. ACÓRDÃO Visto, relatados

ediscutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Vilas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Brasília (DF), 21 de outubro de 2014 (data do julgamento). MINISTRO MARCO AURÉLIO BELIZE, Relator.
(STJ - AgRg no AREsp: 582387 DF 2014/0214094-1, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2014))

Temos ressalvas para a referida decisão, porquanto não adentrou no tema dizendo que apenas subsistiram incólumes os fundamentos da decisão agravada. Basicamente aqui, reiteraram-se os argumentos da decisão anterior e indiretamente fora acolhida a tese já amplamente aplicada pela 4ª Turma.

No que tange aos tribunais no segundo grau, também encontramos entendimentos a favor da limitação, senão vejamos o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - DECISAO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DETERMINANDO A EXCLUSAO DA RESTRIÇÃO CREDITÍCIA DO NOME DA AUTORA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R\$ 3.000,00 - REDUÇÃO E LIMITAÇÃO DO VALOR MÁXIMO DAS ASTREINTES - POSSIBILIDADE-PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA-RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SE - AI: 2009202332 SE, Relator: DES. JOSÉ ALVES NETO, Data de Julgamento: 07/07/2009, 1ª. CÂMARA CÍVEL)

Não inovam aqueles que defendem a tese da limitação. Pelo contrário, a referida turma apenas faz menção à desproporcionalidade entre o valor econômico e a multa acumulada pelo decurso do tempo. Visualizamos essa prática jurisprudencial como uma completa distorção do instituto. Vejamos agora uma decisão do vetusto tribunal da Bahia:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTE. VALOR TOTAL. PENALIDADE ELEVADA. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. No caso, o valor da multa, por si só, não se mostra elevado, ante a capacidade de solvência da agravante, sendo, ao mesmo tempo, o suficiente a compeli-lo a manter-se obediente à ordem judicial. Todavia, cabe fixar um teto máximo para a cobrança da multa, pois o total devido a esse título não deve distanciar-se do valor da obrigação principal. (AgRg no Ag 1220010/DF) 2. A sanção imposta pelo Juízo, com vencimento diário, para prevenir o descumprimento de determinação judicial (astreintes), deve ser reduzida, se verificada discrepância injustificável entre o patamar estabelecido e o montante da obrigação principal (AgRg no Ag 896.430/RS).

(TJ-BA - AI: 00111804720138050000 BA 0011180-47.2013.8.05.0000, Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano, Data de Julgamento: 01/10/2013, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 03/10/2013)

Nas razões de decidir, o tribunal apenas reiterou regra jurídica extraída da jurisprudência. Como se o valor da obrigação principal fosse um parâmetro, novamente dizemos, a priori. O que corresponderia a completa distorção do instituto estudado. Talvez, a grande quantidade de demandas que alguns tribunais suportam seja o grande ensejador da dificuldade do melhor aprofundamento em algumas teses jurisprudenciais. No que diz respeito ao nosso trabalho, à primeira vista essas decisões que não enfrentam o tema parecem estar encontrando uma saída pela tangente e perdendo uma oportunidade de fazer justiça para o caso concreto.

Por fim, no procedimento dos juizados especiais o enunciado n. 132 do XXVI Encontro Nacional dos Juizados Especiais que incorporou a redação do enunciado nº 25 teve conteúdo, de certa forma, curioso: a multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixadas pelo juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor.

Ao mesmo tempo em que esse enunciado limita ao valor da obrigação principal, alarga o procedimento para comportar valores acima de 40 salários mínimos. Para nós, o enunciado tenta se adequar a jurisprudência do STJ que limita o valor da obrigação, mas acaba por dificultar sua própria essência: a flexibilidade das astreintes e a natureza de celeridade do procedimento especial.

De outra maneira, limitando ao valor da obrigação, pensa:

A partir do momento que a fixação das astreintes atinge o ponto de ser mais interessante à parte que a própria tutela jurisdicional do direito material em disputa, há uma total inversão da instrumentalidade caracterizadora do processo. Este não pode ser um fim em si mesmo, deve ser encarado por seu viés teleológico, sendo impregnado de funcionalidade. Não é a toa que um dos princípios do direito processual é a efetividade do processo. Quando o juiz fixa multa em caso de descumprimento de determinada obrigação de fazer, o que se tem em mente é que sua imposição sirva como meio coativo para cumprimento das obrigações para que a parte adversa obtenha efetivamente a tutela jurisdicional pretendida, não podendo servir como enriquecimento sem causa”.

(AgRg no Ag 1.323.400/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 511/2012).

Nesse julgado, trazem à baila a questão da instrumentalidade do processo. Mas o processo só será o instrumento para o acesso à ordem jurídica justa se forem esgotadas as tentativas de se buscar a tutela específica, que se presume ser aquilo que o exequente deseja. Não se pode pensar em ordem jurídica justa às expensas do exequente. Não significa a instrumentalidade do processo subterfúgio para limitar a aplicação das astreintes.

Parece que a confusão que trazem essas jurisprudências que tendem a limitar as astreintes é sobre o temor da obrigação acessória se tornar mais interessante que a principal. Esquecem-se, no entanto, que as partes devem sempre se orientar pela boa-fé processual. E se, diferentemente do *contempt of court*, as astreintes irão ser revertidas para o exequente é porque o executado deu ensejo. Poderíamos admitir, ainda que a contragosto, uma dissociação do valor das astreintes: de um lado aquele que seria revertido para o exequente, de outro o valor de que seria beneficiária a justiça. O que não podemos permitir é que o executado fique impune, no plano fático, por sua irresponsabilidade em arcar com sua obrigação de fazer/não fazer.

Muitas vezes, falta inovação desses julgados com base na tese do enriquecimento sem causa. A aplicação reiterada da tese apenas reforça um entendimento que não leva em conta a natureza das astreintes.

Para darmos prosseguimento ao debate passaremos agora à jurisprudência de quem entende pela desvinculação ao valor econômico da obrigação.

4.2.2 Jurisprudências que Desvinculam o Valor da Multa ao Valor Econômico da Obrigação

Para vermos como é oscilante o tema, tivemos ao longo do tempo jurisprudência divergente da orientação anteriormente apresentada.

A 3.^a Turma STJ, por exemplo, no REsp. 43.389-4-RJ, 22.03.1994, ministro relator Waldemar Zveiter, se posicionou contra a limitação da multa ao valor econômico da obrigação principal, argumentando que a lei processual de 1973 não teria limitado à fixação da pena pecuniária das *astreintes*:

PROCESSUAL CIVIL - PRECEITO COMINATÓRIO- LIMITAÇÃO - INEXISTÊNCIA. I- A Lei processual civil de 1973 não estabelece limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.
(REsp nº 43.389-4-RJ, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, in RSTJ 63/438).

Então, eis aí o primeiro argumento da tese que o presente trabalho se propõe a estudar. Conforme já havíamos verificado no início do subitem referente à jurisprudência, não há determinação legal que previamente limite as astreintes a qualquer valor. De certo que esse argumento não é unívoco para afastar a tese adversa, mas é um indício que o legislador da época reservou para as astreintes: maior flexibilidade.

Interessante é que, em alguns casos, os acórdãos confundiam a cláusula penal com as astreintes. No acórdão em questão, tratava-se de uma cláusula penal. Mas não podemos deixar de mencioná-lo, pois já apresentava sistemática correta sobre as astreintes:

Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora; que há prazo certo e definitivo para a indenização - até o dia 25 do mês subsequente ao recebimento pela seguradora do aviso de sinistro, contados do dia 25 do mês anterior, ou 30 dias após os avisos de sinistro, como decidiram os embargos de declaração, em cumprimento ao subitem 16.2 da cláusula 16ª; não houve recurso quanto à limitação ao valor da indenização; a limitação do art. 920 do CC não é de ordem pública e a recorrente não pleiteou a incidência do artigo 920 do Código Civil, donde operou-se a coisa julgada; que a multa no caso é de natureza cominatória e convencionada livremente pelos contratantes; que aplicar o art. 920 do CC seria ofender a disposição do art. 461 do cânone processual, que determina ao Juiz que diante de obrigações de fazer assegure ao credor o resultado prático da decisão, a multa não pode ficar limitada simplesmente ao valor dos reparos; a multa corresponde às astreintes do art. 644 do CPC e não pode ter limitação (RJTRJSP, 123/320), pena de cassar-se o poder de coerção que exerce sobre o patrimônio do devedor; o art. 920 do CC destina-se às multas compensatórias e não cominatórias, já que estas garantem a eficácia da execução do julgado.
(TJ-SC, Relator: Alcides Aguiar, Data de Julgamento: 19/09/1996, Segunda Câmara de Direito Comercial)

Aqui levantamos um segundo argumento: qualquer limitação prévia às astreintes finda por cassar o poder de coerção que a multa exerce sobre o devedor. Ressalva-se aqui, que por tecnicismo preferimos creditar o poder de coerção ao psicológico do devedor, e não a seu patrimônio, porque este não é o fim e sim aquele.

Alguns julgados adentraram mais precisamente ao tema. A diferenciação da multa atual ao dispositivo equiparado anterior é justamente relacionada com sua eficácia. Vejamos o julgado, *in verbis*:

Não há um teto para a multa pecuniária. Se é verdade que a limitação existia no estatuto processual civil anterior, frente ao que dispõe atualmente o art. 644 do CPC, não há mais porque um teto ou limitação para cominação em apreço. E nem poderia ser de outra forma, já que se limitada no tempo a dita multa, em dado momento a sentença prolatada pelo juiz tornar-se-ia ineficaz; e se tornaria inútil tudo quanto se realizara no processo que a fixou" (Ac. do 1º Gr.de Câms. Do TJSP de 31.10.89, nos Embs. Nº 62.801-1 Rel. Dês. Luis de Azevedo; RJTJSP 123/320)." Ante o exposto, mantenho o quantum referente à fixação de multa cominatória, portanto, restando prejudicada a análise do recurso adesivo interposto.
(TJPE- 1ª CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL nº 0106760-7 - 09/11/2007. Rel.:Des. Antenor Cardoso Soares Junior)

O referido argumento vai além da questão do poder de coerção, preserva os atos realizados pelo magistrado que aplicou a multa. Tornar-se-ia ineficaz a sentença prolatada pelo juiz.

Consentâneo ao entendimento acima, a Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fixou entendimento da limitação da multa nos juizados especiais:

EMBARGOS À EXECUÇÃO (IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES CORRETAMENTE FIXADAS. LIMITAÇÃO DA EXECUÇÃO AFASTADA. VALOR DA EXECUÇÃO ADEQUADO AO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE ERRO NA ELABORAÇÃO DO CÁLCULO APLICADO.

1. Não merece acolhimento a pretensão da embargante de redução do valor fixado a título de multa cominatória, pois além de ser cabível a execução de multa cominatória no Juizado Especial, está comprovado nos autos o descumprimento de obrigação de fazer (fls. 04, 13 e 17).

2. Não tendo a ré apresentado qualquer motivo...

(71003619079 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 28/06/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/07/2012)

Nessa decisão, anterior e contrária ao entendimento do FONAJE, fora aplicada tese coerente com a natureza das astreintes. Isso porque já falamos que só creditamos a redução das astreintes derivada de sua correspondente da doutrina francesa como astreinte provisória, e que aquela só poderia ser reduzida caso ocorressem indícios do adimplemento da obrigação.

PROCESSUAL CIVIL.1) EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA IMPOSTA NO DESPACHO INICIAL. VALIDADE.2) "ASTREINTE", CONSISTENTE EM ELEVADA MULTA, FIXADA LIMINARMENTE PARA A OUTORGA DE ESCRITURA. VALIDADE.3) ALEGAÇÃO DE INSUBSISTÊNCIA DA MULTA, EM VIRTUDE DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, AFASTADA;4) EMBARGOS DO DEVEDOR REJEITADOS DIANTE DE ANTERIOR JULGAMENTO;5) VALOR DA MULTA COMINATÓRIA COM NATUREZA DE "ASTREINTE", TÍMIDA MODALIDADE BRASILEIRA DO "CONTEMPT OF COURT", DERIVA DE SANÇÃO PROCESSUAL, QUE NÃO SOFRE A LIMITAÇÃO DA NORMA DE DIREITO CIVIL PELA QUAL O VALOR DA MULTA NÃO PODE ULTRAPASSAR O DO PRINCIPAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1.- Na Execução de Obrigação de Fazer é admissível a fixação liminar de multa cominatória diária, para o caso de não cumprimento imediato da obrigação, indo o risco do não cumprimento à conta do executado que resiste em vez de cumprir o preceito, assumindo o risco decorrente da opção pela resistência. ... - A limitação, no âmbito do direito contratual, do valor da multa ao valor da obrigação principal (art. 920 do Cód. Civil/1916) não se aplica à multa de natureza de "astreinte", a qual constitui eficaz instrumento processual de coerção indireta para a efetividade do processo de execução, ainda, no processo nacional, tímido instrumento, se comparado com o "contempt of Court" do Direito anglo-americano, que responsabiliza mais fortemente a parte recalcitrante e o próprio patrocínio temerário desta. 5.- O valor da multa cominatória como "astreinte" há de ser naturalmente elevado, no caso de dirigir-se a devedor de grande capacidade econômica, para que se torne efetiva a coerção indireta ao cumprimento sem delongas da decisão judicial.CPC739§ 1º791I6.- Recurso Especial improvido.

(940309 MT 2007/0077995-4, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 11/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2010)

Mais uma vez aqui a eficácia da execução é prestigiada. Desta vez, no entanto, revela um ponto importante a ser auferido por nosso trabalho: ao invés de observamos o valor da obrigação principal que seja observada a capacidade econômica do executado.

Percebamos, então, que a jurisprudência caminha por uma linha de raciocínio. O STJ, em grande parte, patrocina essa discussão temática. Não se quer que o devedor seja onerado demasiadamente, mas também se quer garantir a tutela específica da obrigação. Nesse sentido, nos parece que a limitação do valor econômico seria um retrocesso a época das ações cominatórias quando na verdade o que se quer é maior segurança jurídica na aplicação das astreintes.

4.3 VISÃO DO AUTOR

Feitas as considerações doutrinárias e jurisprudenciais, nos cumpre agora apresentar sistematicamente nosso ponto de vista a luz dos argumentos anteriormente expostos.

Eis nossa hipótese: **As astreintes devem ser aplicadas desvinculadas do valor econômico da obrigação principal visando tornar o mandamento judicial eficaz.**

A jurisprudência e doutrina que não se filia a nosso entendimento argumenta que a multa coercitiva que exceda o valor econômico da obrigação principal ensejaria o enriquecimento sem justa causa do exequente. Portanto, tem aplicado a redução das astreintes até o valor econômico da causa. Além disso, evidenciam a necessária adequação e proporcionalidade da multa processual. Com a devida vênia, não é esse o nosso entendimento.

A priori, nos parece indiferente o argumento que limita as astreintes para evitar o enriquecimento injusto do exequente. Isso porque, vislumbrando a situação jurídica como um todo, não se trata de um momento processual como o de cognição. A certeza da execução é pressuposto para a instauração do procedimento. Se assim não for, tratar-se-á de execução provisória e se arguirá o motivo de *periculum in mora* e ao menos haverá *fumus bônus iuris* para assim proceder. Aquilo que se subentende como o desejo do credor é a satisfação da execução. A única hipótese que de fato ensejaria um enriquecimento sem causa do exequente é aquela ao qual o sistema processual já tutela com segurança: caso fortuito e força maior. Nessas hipóteses se afastaria qualquer tipo de responsabilização. Ora, existe causa maior do que o inadimplemento do pactuado? *O pacta sunt servanta*, embora tenha sido mitigado pela função social do contrato, ainda possui sua força vinculante e o desrespeito a ele deve ter como consequência uma tutela executiva efetiva.

Já é pacífico, como vimos, o entendimento de que caso o executado não esteja em nada colaborando para satisfazer a execução se afastará a possibilidade de redução das astreintes. Portanto nesses casos não se poderia limitar ao valor da obrigação pactuada.

Cumpre-nos trabalhar então, os casos restantes, ao qual parcela significativa da jurisprudência limita como praxis judiciária ao valor da obrigação principal.

Essa limitação em verdade provém de um equívoco. Uma extensão de raciocínio aplicado do caráter acessório da multa coercitiva. O fato de a multa ser acessória apenas inclui a possibilidade dela não subsistir diante da inexistência da obrigação principal. Não há, a nosso ver, qualquer vínculo ou indício que possa dar ensejo a limitação da multa ao valor da obrigação.

Tanto assim que o legislador ao fixar as astreintes não estabeleceu qualquer limitação. Atitude fundamentada pela necessidade de se preservar o caráter coercitivo e psicológico da multa. O legislador brasileiro adaptou um instituto de origem francesa que surgiu da prática jurisprudencial. Conforme vimos anteriormente, a jurisprudência francesa tende a reduzir as astreintes em situações específicas de acordo com a colaboração do executado. Lá a multa ou é definitiva, insuscetível de revisão, ou é provisória com valor final determinado. Em nenhum momento pugnou-se por limitar as astreintes ao valor econômico da obrigação.

Para percebermos o equívoco jurisprudencial temos de constatar que até mesmo o STJ, que algumas vezes fora refratário a ideia da desvinculação da multa ao valor econômico da obrigação, já reconheceu em sua jurisprudência que a não-colaboração do executado impediria a redução da multa. Ora, impede como já vimos, porque a multa tem o objetivo de coagir o executado. Faz parte da sua coerção o ajuste do magistrado. Como então admitir um critério que oprime a possibilidade de efetivação da tutela, tendo tão somente o argumento de impedir o enriquecimento sem causa do credor? É necessário no mínimo que se averigüe a capacidade econômica do executado. Assim se aplicaria a regra da igualdade material. Pois se a jurisprudência oscilante não fundamentar a questão com um viés vinculado ao caso concreto e admitir critérios de exame mais apurados, o executado estará se locupletando de uma jurisprudência defensiva dos tribunais que cada vez mais utiliza critérios preexistentes ao invés de adequadamente interpreta-los ao caso concreto.

E vislumbramos o critério econômico do executado como uma maneira de adentrar a situação e, portanto, evitar essa jurisprudência defensiva que não favorece a ninguém. Nem em longo prazo para o próprio tribunal, porque proliferam as patologias, causando incredibilidade nas decisões que aprioristicamente limitam o valor das astreintes ao valor econômico da obri-

gação, causando insatisfação nas decisões perpetradas e, pior, que no caso do STJ, semeariam precedentes podendo levar a uma uniformização equivocada. Subverter-se-ia a própria lógica do sistema.

Além disso, quando se considera que as astreintes não operam preclusão nem abrangem a coisa julgada material, quer-se dizer que não fazem parte do mérito. E, portanto, não poderiam ter como parâmetro o valor da obrigação principal. Tendo em vista que este é questão de mérito do processo.

Por fim, a jurisprudência dos juizados entra em contradição com o enunciado antes aqui exposto. Os juizados especiais têm procedimento limitado pelo valor da obrigação. Acerta o enunciado a não limitar a execução das astreintes em local diverso devido ao valor econômico. É a valorização da multa e seu aspecto coercitivo. Isso porque, ontologicamente não existe a limitação ao valor econômico. Prossegue então o enunciado afirmando como critério o valor da obrigação. Aí, *data venia*, entendemos ser um equívoco acarretado pela influência de vasta jurisprudência e doutrinas que não compreendem a acessoriedade das astreintes.

Nosso ponto de vista, então, é de que as astreintes devem ter critério de aplicação como a capacidade econômica do devedor, serem pré-estabelecidas com plano de progressão e a proporcionalidade. Coisa diferente é limitá-las ao valor econômico da obrigação. Nos posicionamos contrariamente a essa prática de decidir quando o critério econômico é aplicado como a razão, o teto. Em regra as astreintes devem ser aplicadas e se forem reduzidas necessitam de motivo mais forte do que o enriquecimento do autor, alhures como já foi exposto.

Caso fale-se em proporcionalidade, é necessário que se aplique a técnica que adentra no caso concreto para a ponderação de valores. Nela, primeiramente é feito um exame de necessidade e adequação, para somente, passados esses estágios, ocorrer a técnica de ponderação em sentido estrito. O que atualmente ocorre majoritariamente nas decisões que pugnam pelo enriquecimento sem causa do credor é a supressão da interpretação baseada na ponderação de princípios no caso concreto para a objetivação do limite da obrigação. Como se o valor da causa fosse o parâmetro único para a aferição do dano ocasionado no exequente. A esse pensamento, discordamos. Pois, como já vimos, é necessária a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi estudar a hipótese da desvinculação das astreintes ao valor econômico da obrigação. Nesse sentido fizemos uma revisão sobre os meios de execução e aprofundamos na execução indireta. Diversificamos essa forma de execução e suas diversas espécies. Aprofundamos também o tema da multa coercitiva e ao final, tratamos do recorte temático com as visões da doutrina, da jurisprudência e a visão de nosso trabalho.

Portanto, o que aqui iremos expor é o que metodologicamente podemos chamar de resultado da nossa pesquisa. Para isso, é necessário que se faça uma breve digressão sobre os aspectos abordados em todos os capítulos.

Em um primeiro momento, vimos que ao exequente cabe a opção de escolher sobre qual meio executório deva empregar. Logicamente que em alguns existira a ordem de preferência sobre o procedimento a ser empregado e que o executado terá o direito de defender-se “*lato sensu*” através do direito, exponenciado pela máxima do art. 620 do CPC, princípio da menor onerosidade para o devedor.

Mas em tratando-se de tutela específica vimos que a muito tempo foi superada a ideia de que toda e qualquer prestação poderia ser substituída por prestação pecuniária, como alhures já visto. Então não será esse o elemento que iremos nos concentrar. Partiremos diretamente para o exame das controvérsias das astreintes para chegar a nossa hipótese e então vamos verificar se nossa visão, já mencionada, se encontra correta.

As astreintes, como já se viu, não é o único instituto que fora implementado em nosso sistema processual para efetivar a tutela, que agora sabemos, não pode, via de regra, ser por coerção pessoal. Existe no art. 14, V do CPC, o equivalente ao *contempt of court* tão fortemente trabalhado no sistema inglês. Além disso, não seria a única forma *lato sensu* de coerção, a despeito da cláusula penal.

E é por esse motivo que não concordamos com Guilherme Rizzo Amaral e defendemos o ponto de vista de Marinoni e outros que posicionam da mesma maneira. Se as astreintes fossem uma forma de garantir a dignidade de justiça não existiria motivo para o legislador ter expressamente criado a multa do art. 14, V do CPC.

Portanto, o nosso experimento firma como primeira conclusão que as astreintes são uma multa feita para coagir. E como multa que tem um propósito em especial, não se pode aprioristicamente limitá-la ao valor econômico da obrigação. Caso seja necessária essa limitação que não se argua o princípio da proporcionalidade e da adequação em vão. Proporcionalidade

essa, que tem de ser a *posteriori*, a luz do caso concreto. É o contexto que deve ser examinado tem de ultrapassar a visão de examinar apenas o prisma do exequente. O enriquecimento sem causa do credor, em primeiro lugar, deve ser sopesado com a vontade de adimplir do executado. Ora, caso o executado esteja praticando atos que evidenciem sua intenção de cumprir a tutela mandamental que se impõe sobre ele, aí sim poderíamos falar em redução das astreintes. O instituto comprovadamente somente pode ser reduzido caso haja a efetiva colaboração do executado, consoante jurisprudência sumulada conforme vimos anteriormente.

Então, se reconhecemos que as astreintes tem uma finalidade de coerção e só podem ser reduzidas caso haja indícios da vontade do executado em adimplir, precisamos de uma motivação para que a prática judiciária reduza as astreintes ao valor econômico da obrigação.

E em nossos estudos, *data venia*, não encontramos nenhuma comprovação para aprioristicamente reduzirmos as astreintes ao valor econômico da obrigação.

Para isso, vamos fazer o caminho inverso, e tentar provar hipótese inversa. O vínculo da redução das astreintes ao valor econômico da obrigação.

Primeiro argumento: **A multa não pode se tornar mais interessante para o credor do que o direito material em disputa.**

Como verificamos em nossos estudos, esse argumento não procede justamente pelo caráter de acessoriedade da multa. O magistrado a qualquer tempo pode restringir e até mesmo diminuir o valor da multa coercitiva. Além disso, pela característica da coerção, é necessário que a multa seja proporcionalmente expressiva. Desvincular a multa do direito material posto em causa não é torná-la mais interessante, porque em regra o que se quer tutelar são obrigações infungíveis ou, no mais tardar dos casos, direitos indisponíveis. Nesse sentido jurisprudência atualíssima do STJ já pacificou o entendimento de que as astreintes não fazem coisa julgada salvo se tratando de direitos indisponíveis. Daí extraímos que não existe vínculo de interesse com o direito material em disputa, salvo o que *data venia* chamaríamos de “achismo jurídico”. E mais, a permissão da vinculação das astreintes a um limite prévio indiretamente contribui para a perda da flexibilidade da multa que se insistiu em implementar no Código Processual Buzaid. O grande risco seria termos um retrocesso como ao da época das ações cominatórias, as quais na prática perderam sua força cogente justamente por sua aplicação não resultar na tutela a ser efetivada.

Segundo argumento: **o acessório segue o principal.** Destarte esse é outro equívoco, pois essa é uma regra de direito material. E como já bem vimos, as astreintes são híbridas. Mas eminentemente estão expressas no código processual. Por esse motivo, nos convencemos

de que essa regra não possa conceber excessos. Em jurisprudência já mencionada no STJ é pacífico que não subsistindo a obrigação as astreintes também não serão exigíveis. Mas isso não significa que a acessoriedade poderá resultar em um vínculo de proporcionalidade apriorístico as astreintes. Estar-se-ia desvirtuando a efetividade processual do instituto, e reiteramos, as astreintes são um instituto híbrido.

Feitas essas tentativas de sustentar o argumento adverso, agora vejamos nosso argumento: **as astreintes devem ser aplicadas desvinculadas do valor econômico da obrigação principal.**

Depois de refletirmos sobre os institutos postos em causa, nos parece subsistir essa hipótese como a melhor.

Isso porque pode ser que o valor econômico da obrigação principal seja o melhor elemento que defina a proporcionalidade do caso concreto. E aí está a verdadeira questão: a proporcionalidade das astreintes deve ser evidenciada no caso concreto, e portanto, a decisão que reduz as astreintes, tendo como elemento comparativo o valor econômico da obrigação ou não, deve ser fundamentada necessariamente com base em três critérios: o direito posto em causa, a capacidade econômica do devedor e o enriquecimento sem causa do credor. E mais, são critérios hierarquicamente diferentes. Caso o direito posto em causa seja indisponível não se deveria examinar a capacidade econômica do devedor. E se a capacidade econômica do devedor for muito além do valor econômico da obrigação parece-nos mais adequado que não se examine o enriquecimento sem causa do credor.

Nosso experimento, portanto, nos induz a crer que é necessário que seja feita uma revolução jurisprudencial para garantir a maior efetividade na tutela executiva.

E desse trabalho, concluímos: é necessária a mudança dos critérios para a redução das astreintes que não a simplória limitação ao valor econômico da obrigação. Nossa sugestão é que seja feita pelos critérios supramencionados. Caso contrário, será a *carta de permissão* para a desnaturação do instituto: inimigo combatido por esse estudo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROZO, Jamisson Mendonça. As fontes do direito e sua aplicabilidade na ausência de norma. **Direitonet**, 02 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5763/As-fontes-do-direito-e-a-sua-aplicabilidade-na-ausencia-de-norma>>. Acesso em 04 nov. 2014.

BAUMÖHL, Débora Inês Kram. **A Nova Execução Civil: a desestruturação do processo de execução**. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 set. 2014.

_____. **Código de Processo Civil**, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 01 set. 2014.

_____. **Lei nº. 5.478**, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm>. Acesso em: 01 set. 2014.

BREITBACH, Áurea Correa de Miranda. Notas sobre a importância metodológica dos conceitos. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, P. 121-125, 1988. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1193/1542>>. Acesso em 10 nov. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Código de Processo Civil interpretado**. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C.; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael S. **Curso de direito processual civil - Execução**. Volume 5. 6. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**: a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FIALHO, Fábio José Varela. A efetividade da tutela jurisdicional nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa através dos meios coercitivos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3743, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25412>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. Breves apontamentos acerca da execução de prestação alimentícia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8932>. Acesso em 04 nov. 2014.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEMOS, Jonathan Iovane de. O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação: das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios. **Revista eletrônica temas de processo civil**, v. 2, n. 6, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/59-v2-n-6-junho-de-2012/200-o-processo-de-execucao-e-a-influencia-cultural-em-sua-delimitacao>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1946.

LIMA, Fábio Nunes de. Execução: Praça, leilão, lance mínimo e lance vil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11102>. Acesso em 05 nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Volume 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Grace. Redução das astreintes e o conflito dos princípios da razoabilidade e vedação ao enriquecimento sem causa x dignidade da justiça. **Consultor Jurídico**, Salvador, 06 mar. 2014. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/gracematos/reducao-das-astreintes-e-o-conflito-dos-principios-da-razoabilidade-e-vedacao-ao-enriquecimento-sem-causa-x-dignidade-da-justica-337>>. Acesso em: 17 set. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 899.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, Nov. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em 10 nov. 2014.

PAZ, Ivan Cassiano. Efetividade no processo de execução: alienação por iniciativa particular. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12663>. Acesso em 04 nov. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume IV - Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Carla Maria de Souza. Astreintes: importância da limitação do valor quando da sua fixação evitando-se a posterior redução diante do descumprimento da ordem judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, 2007. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/CARLA%20MARIA%20DE%20SOUZA%20PEREIRA%20-vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2014.

PRICOLI, Marcela. Astreintes: considerações sobre a origem e o desenvolvimento do instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3347, 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22522>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

QUEIROZ, Fernanda de Sá Araújo de; CAMPOS, Raphael Rímulo Caldeira. As Medidas de apoio como meios hábeis para a efetividade da tutela jurisdicional específica, *in natura* e do resultado equivalente, das obrigações de fazer e não-fazer. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8707&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 02 set. 2014.

REINALDO FILHO, Demócrito. Existe um limite máximo para execução das astreintes? A evolução da jurisprudência do STJ quanto à matéria. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3466, 27 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23312>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

REZENDE, Marcus Vinícius Drumond. Uma breve história da execução: do processo romano ao código de processo civil de 1939. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 02 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46544&seo=1>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 1988.

SANTOS, Sérgio Nunes dos. Alimentos: obrigação alimentícia e dever de sustento face à súmula 358 do STJ. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12325&revista_caderno=14>. Acesso em 28 out. 2014.

SANTOS NETO, Dercino Sancho dos. Teoria e prática da adjudicação no âmbito do registro de imóveis. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7924>. Acesso em 04 nov. 2014.

SCHENKEL, Jamile Tavares. Astreintes e execução civil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2377>. Acesso em 04 nov. 2014.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Peculiaridades da Sentença Mandamental. **Carta Forense**, São Paulo, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/peculiaridades-da-sentenca-mandamental/9355>>. Acesso em 04 nov. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; FERREIRA, Rafaela Cabral; FINELLI, Lília Carvalho; GRILLO, Marcela Fontenelle; MACHADO, Renata Moreira; FERNANDES, Tereza de Assis; WOLFF, Thalita Mol. História e perspectivas da execução cível no direito brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12945&revista_caderno=21>. Acesso em 10 nov. 2014.

ZENATTI, Paulo Ricardo. Execução por quantia certa contra devedor solvente. **Direitonet**, 08 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8271/Execucao-por-quantia-certa-contradevedor-solvente>>. Acesso em: 4 nov. 2014.