

LIMITES NA APLICAÇÃO DA PENA COMINATÓRIA JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

*Juliana de Carvalho Bastone**

Resumo: *O cumprimento da obrigação é a forma natural de extinção do vínculo obrigacional. Dentre as características essenciais do pagamento, destaca-se o direito do credor à satisfação da prestação na forma convencionada, ou seja, é direito do credor e norma fundamental em matéria de efeitos das obrigações, o cumprimento específico da obrigação. A conversão em perdas e danos somente poderá ocorrer quando impossível a tutela específica ou o resultado prático equivalente. Consequentemente, o Código de Processo Civil brasileiro prevê meios de coerção, que buscam o cumprimento in natura das obrigações, tal como a multa cominatória. A finalidade precípua da multa é o respeito ao mandado judicial, ou seja, ao imperium da função jurisdicional. Dessa forma, a pena cominatória judicial se dirige não somente a reparar um prejuízo, mas fundamentalmente a penalizar a persistência obstinada na inexecução de uma ordem judicial. Os limites na aplicação da multa serão impostos através do princípio da proporcionalidade, como critério delimitador, a fim de que não sejam cometidos excessos.*

Palavras-chave: *Obrigações de fazer e não fazer. Adimplemento específico. Astreinte. Princípio da proporcionalidade. Limites.*

Abstract: *The fulfilment of the obligation is the natural way to extinct the obligatory bond. Amongst the essential characteristics of the payment, the right of the creditor to the satisfaction of the installment in the stipulated form, or either, the specific ful-*

* Mestre em Direito Processual pela PUC/MG. Professora Substituta de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia. Professora de Direito Civil da PUC/MG. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais.

fulfilment of the obligation is right of the creditor and basic norm in substance of effect of the obligations. The conversion in damageses will only be able to occur when impossible the specific guardianship or the equivalent practical result. Consequently, the Brazilian Code of Civil Procedure foresees ways of coercion that search for the fulfilment in natura of the obligations, such as the comminatory fine. The main purpose of the fine is the respect to the judicial writ, or the imperium of the jurisdictional function. Thus, the judicial comminatory penalty is directed not only to repair a damage, but mainly to punish the stubborn persistence in the inexecution of a judicial order. The limits in the implementation of the fine will be imposed through the principle of proportionality, as criterion delimitter, so that excesses are not committed.

Keywords: *Obligations to do and not to do. Specific payment. Civil penalty. Principle of proportionality. Limits.*

Introdução

É no campo do Direito das Obrigações que a atividade do homem encontra seu principal ordenamento. Daí sua inegável importância no mundo moderno, visto que os interesses contrapostos são organizados pelas regras que coordenam as relações obrigacionais, em busca do equilíbrio entre credor e devedor.

Intimamente ligado a esse equilíbrio está o adimplemento específico da obrigação, principalmente se levado em conta o surgimento de novas relações, muitas vezes difíceis de serem mensuradas economicamente. Como corolário lógico, o Processo deve se adequar a essa realidade, tutelando essas novas situações de Direito Substancial.

Com a reforma da Lei Processual, a tutela das obrigações de fazer e não fazer tomou novos rumos (art.461, CPC), estabelecendo-se que o Processo deve proporcionar de forma efetiva os desígnios do Direito Material. Restou configurada a pena pecuniária judicial, com novas peculiaridades que lhe dão maior relevância e efetividade.

A matéria desafia a inteligência dos estudiosos do Direito e enseja posi-

ções opostas, notadamente pelo seu vasto campo de atuação, quanto à permanência ou não, no Código de Processo Civil de 1973, da ação cominatória, sua natureza, efeitos e limites de aplicação.

Importante ressaltar que o preceito cominatório previsto no §4º do art.461, do Código de Processo Civil Brasileiro, e em especial os seus limites de aplicação, é objeto central do presente estudo e neste sentido é que será precisamente examinado.

1 A atuação da atividade jurisdicional: meios de coação e de sub-rogação

Toda a atividade jurisdicional deve ser equacionada para preservar a harmonia da sociedade, obtendo o máximo de resultado, sem se elevar o seu custo. Deve, outrossim, respeitar e aplicar os princípios processuais constitucionais como premissa para se realizar justiça.

O processo tem que ser suficientemente útil, a fim de proporcionar ao titular do direito material exatamente aquilo que tem direito de receber.¹ Quando isso ocorre cumpre-se o maior intento do Direito processual moderno, a efetividade, expressa na consagrada fórmula chiovendiana, onde “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”²

O processo deve, assim, possuir instrumentos utilizáveis e adequados a fim de garantir o escopo da efetividade, obtendo-se o máximo de resultado, com o menor custo. Assim, a efetividade processual pode ser encarada sob dois aspectos, o espacial e o temporal. O primeiro se refere à correspondência da tutela judicial com o direito material e, o aspecto temporal à preclusão das defesas opostas ou não pelo réu.³ Por outro lado, a forma de

¹ “Não basta que o acesso à Justiça seja democrático nem que a dialética processual reste efetiva, tão pouco que a decisão reflita justiça se essa não possuir a menor utilidade. Dessa forma, as emanações judiciais devem atender a todos os motivos que levaram o interessado a procurar abrigo no Poder Judiciário.” (POP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 35.)

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. I, p. 67. “A doutrina fala, atualmente, em tutela jurisdicional dos direitos, estando plenamente consciente de que a tutela jurisdicional apenas será adequada se puder realizar efetivamente o direito material. Na verdade, o tema da tutela jurisdicional é decorrência natural da doutrina da ‘efetividade do processo’ e de sua preocupação com a efetiva tutela dos direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.393).

³ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, (1): 91, 1º sem. 1998.

atuação do Poder Judiciário, a fim de obter o resultado prático equivalente à satisfação do direito do credor pode variar de acordo com o bem jurídico que é objeto da controvérsia. Isso porque existem bens que são apreensíveis, independentemente da vontade do devedor. É o que ocorre, de regra, nas obrigações de dar. Todavia, existem bens cujo adimplemento necessita da participação ativa do obrigado, como nas obrigações de fazer e não fazer.

Assim, o Estado utiliza-se de diferentes técnicas para manter o império da Lei, ou seja, vale-se de meios de coação e de meios de sub-rogação,⁴ conforme ensina Chiovenda:

Meios de coação. Dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve. Tais são as multas; o arresto pessoal; os seqüestros com função coercitiva.

Meios de sub-rogação. Meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado. Tais a apreensão direta das coisas determinadas a que o credor tenha direito; a apreensão das coisas móveis ou imóveis do devedor para convertê-las em dinheiro com o fim de satisfazer os créditos; a realização direta da atividade devida pelo devedor, se fungível; o emprego da força para impedir que o devedor realize uma atividade em contraste com a obrigação de não fazer.⁵

No caso específico das obrigações de fazer e não fazer é através dos meios de coação, em especial do preceito cominatório, que o ordenamento jurídico brasileiro tenta compelir o devedor a adimplir a obrigação assu-

⁴ “É ponto pacífico que a *técnica de sub-rogação* e a da *coerção indireta* ou *psicológica* são as duas maneiras básicas através das quais se pode tentar satisfazer um direito subjetivo, quando lhe faltar o cumprimento espontâneo, apesar de variarem, de ordenamento para ordenamento (e mesmo dentro de um mesmo ordenamento, segundo a época histórica) as medidas concretamente moldadas segundo tais técnicas.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.23.)

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. I, p.349. Nada impede, entretanto, que os meios de coação coexistam juntamente com os meios de sub-rogação, podendo ser cumulativamente utilizados.

mida. Essa coação mostra-se necessária na medida em que o adimplemento das obrigações específicas, de fazer e não fazer depende diretamente da ação ou omissão do devedor, sem a qual, em determinados casos, torna-se inexecutável a obrigação. Destarte, “respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.”⁶ Através dos meios de coação busca-se o adimplemento da obrigação específica mediante atividade do próprio devedor.

Com efeito, a efetividade do processo assegura as garantias processuais constitucionais, legitimando, assim, os meios de coerção, tal como o é a pena cominatória, de modo que os jurisdicionados possam ter o resultado correspondente ao direito material tutelado. O conteúdo jurídico do provimento deve corresponder ao mundo fático, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, *verbis*:

Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. É apenas por esta razão que a doutrina redescobre – e não por mágica – a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas. O direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa a ser visto como algo absolutamente correlato ao direito de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo.⁷

O processo deve buscar e assegurar meios de atuação, a fim de proporcionar a mesma situação que existiria se a Lei não fosse descumprida. Assim, na execução específica das obrigações (fazer e não fazer), os meios de coerção se fazem mais frequentes e necessários, tendo em vista a

⁶ THEODORO JR. Humberto. *Processo de execução*. 18. ed., São Paulo: Leud, 1997, p.282.

⁷ *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.66. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Marcelo Lima Guerra: “nessa ordem de idéias, cumpre salientar que a opção do legislador pela tutela específica encontra na garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional um poderoso instrumento de sua realização concreta. [...] Nessa perspectiva, percebe-se facilmente a importância de evidenciar a relação das medidas coercitivas com a efetividade da tutela jurisdicional, especificamente da executiva, que encontra naquelas medidas um valioso e indispensável apoio.” (*Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.44/45.)

dificuldade do órgão judicial em alcançar a execução que, sem o concurso do devedor, propicie ao credor um resultado exatamente igual àquele que constitui o objeto do direito material, seja porque a prestação é infungível, e só realizável pelo próprio devedor, ou, mesmo sendo fungível, a sua realização por outrem se mostra onerosa e pouco eficiente.

Neste contexto, o Direito Brasileiro previu, de forma expressa, esse meio de coerção, conforme disposto no art.461, do Código de Processo Civil, segundo o qual, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providência que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” E, de acordo com o §4º do mesmo artigo, o juiz poderá “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.” Todavia, O preceito cominatório não vem previsto somente no §4º, do art.461 do CPC, mas em outros dispositivos do mesmo diploma legal (arts. 287, 461-A, 644 e 645), bem como em outros diplomas legais, como no art.84, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à tutela de todos os interesses difusos e coletivos; no art.11 da Lei de Ação Civil Pública; no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e no art. 62 da Lei Antitruste (Lei 8.884/94).

Os artigos de lei elencados nada mais são do que respostas do legislador à necessidade de uma efetiva e adequada tutela jurisdicional. Cabe observar, que toda a interpretação e avanço verificados na Lei Processual vigente são aplicáveis, de maneira subsidiária e complementar, aos dispositivos legais acima citados. Desta forma, o CPC cumpre sua função de lei geral, com incidência suplementar às normas processuais presentes em legislações esparsas.

O preceito cominatório mostra-se, pois, imprescindível para a tutela dos direitos inerentes às obrigações de fazer e não fazer, principalmente quando o interesse do sujeito não é econômico, ou seja, quando o direito substancial tutelado é aquele em que há dificuldade de se mensurar um equivalente pecuniário, o que se verifica nos direitos da personalidade, nos direitos de preservação do meio ambiente etc. Percebe-se que a efetiva tutela do direito material depende da efetividade processual, que se dá, outrossim, através de instrumentos preventivos.

Destarte, o preceito cominatório, previsto no §4º, do art. 461 do Código de Processo Civil, e presente em outros dispositivos legais do Ordenamento Jurídico Brasileiro, “é fruto de uma elaboração dogmática criati-

va e impulsionada por uma postura crítica diante da necessidade de se conferir tutela adequada às novas situações jurídicas.”⁸

2 Noções sobre o direito comparado

2.1 Preceito cominatório no direito anglo-saxão

Não somente no Brasil, mas também no ordenamento jurídico de outros países, encontram-se medidas coercitivas que visam a obter o resultado prático equivalente da obrigação. No presente trabalho, será feita uma análise sintética da pena pecuniária judicial no Direito Americano, Inglês, Alemão e Francês, visto que a pena nestes ordenamentos possui características peculiares, servindo de fundamento e modelo para os demais ordenamentos jurídicos.

Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, países que têm como sistema jurídico a *common law*,⁹ o instituto do *contempt of court* é utilizado como forma de satisfação coativa do direito do credor.

Instituto complexo, o *contempt of court* não visa tão-somente à satisfação do direito do credor. Significa desobediência, menosprezo, ofensa ao tribunal,¹⁰ sendo punível de maneiras diversas. Inúmeras são as condutas que caracterizam o desrespeito ao Judiciário e à aplicação do Direito e que, conseqüentemente, implicam a punição através do *contempt of court*.

Desde os primórdios de sua existência, na Idade Média, o instituto de caráter saxão, não possuía a amplitude de hoje, restringindo-se às condutas ofensivas ao tribunal e à desobediência judicial. A penalidade estava intimamente ligada ao conceito de “Paz do Rei”. Com a expansão dos poderes do monarca, toda e qualquer ofensa ao Direito era tratada como uma desobediência ao Rei, considerado a fonte máxima do Direito e da Justiça, aplicando-se, assim, a penalidade.¹¹ Em razão de suas origens é que o instituto do *contempt of court* mostra-se complexo e de vasta inci-

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p.113.

⁹ A *common law* caracteriza-se por ser um Direito consuetudinário, tipicamente anglo-saxão, constituído por regras que se tornam obrigatórias, segundo o sistema do precedente obrigatório.

¹⁰ MADDOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 01, jan./abril 1996, p.155.

¹¹ “Dessa forma, enquanto a paz geral constituía a base de todo o ordenamento jurídico, a paz do Rei era, à essa época, uma proteção especial e mais elevada que se concedia a pessoas, em épocas e lugares específicos, destacando-se, entre esses, a *residência do Rei e as suas adjacências*. [...] Na medida em que a posição do Rei se consolidou entre os anglo-saxões, as duas mencionadas modalidades de paz confundiram-se, tendo a paz do Rei absorvido a paz geral, de modo a estender-se por todo o território do Estado.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Op. cit.*, p. 77.)

dência, correspondendo às diferentes peculiaridades da Paz do Rei.

Pode-se dizer que o poder de punir do *contempt of court* anglo-saxão está vinculado ao *imperium* do Poder Judiciário. Não derivando de nenhuma lei em particular, é inerente ao órgão jurisdicional, de acordo com lição de Sir Jacob:

O fundamento jurídico desses poderes (os poderes inerentes), é, portanto, a autoridade do Judiciário para implementar, proteger e desempenhar a função jurisdicional de administração da justiça de acordo com o direito, de maneira regular, ordenada e efetiva.

Baseado em sua jurisdição inerente, o tribunal tem inegável poder de forçar a observância de seu processo e a obediência e o cumprimento de suas ordens. Esses poderes são inerentes, no sentido de serem atributos necessários para tornar efetiva a função jurisdicional de administração da justiça.¹²

O *contempt of court* pode ser dividido em duas categorias, o civil e o penal. Existem, entretanto, outras classificações, como o *contempt of court* praticado pelas partes do processo (autor e réu) ou por terceiros, estranhos à lide, bem como o *contempt of court* direto que é aquele cometido perante o magistrado, e o indireto, praticado fora do tribunal. Todavia, no presente estudo, é a divisão entre o *contempt of court* civil e penal que se mostra mais relevante.

Quando a penalidade visa coagir o indivíduo a obedecer, cumprir uma ordem judicial, diz-se civil. Quando visa punir uma determinada conduta, tem-se o *contempt of court* penal. “Daí dizer-se que o ‘criminal contempt’ volta-se para o passado e o ‘civil contempt’ dirige-se ao futuro.”¹³

O *civil contempt* caracteriza-se como uma medida coercitiva que atua nas hipóteses de obrigações (sobretudo de fazer e de não fazer) impostas por decisões judiciais — finais ou interinais —, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandado. O *criminal contempt*, por sua vez, entra em ação nos casos de comportamentos que se constituem em obstáculo à administração da justiça, que interferem indevidamente

¹² JACOB, Jack. *The inherent jurisdiction of the court*, London: Sweet & Maxwell, 1982, p.237 apud GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta. Op. cit.*, p.91.

¹³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta. Op. cit.*, p.95.

nessa, ou que de qualquer forma representem uma ofensa à autoridade do juiz; o *criminal contempt*, ao contrário do *civil contempt*, atua apenas no plano do interesse público no correto funcionamento da administração da justiça, o que não quer dizer que o *civil contempt* também não objetive preservar a autoridade do Estado.¹⁴

Além do tipo de conduta punível, inúmeras são as diferenças entre o *contempt of court* civil e o penal, no que se refere ao procedimento adotado. O *contempt* civil só pode ser instaurado por iniciativa das partes, através de um procedimento incidental, no mesmo processo em que ocorreu a conduta,¹⁵ podendo ser extinto por mútuo acordo, ou por desistência da parte que o requereu. Ao contrário, no *contempt* criminal, o procedimento pode ser instaurado de ofício, dando lugar a um novo processo, distinto daquele em que fora cometida a conduta ilícita, sendo, portanto, indisponível, o que não impede a obtenção do perdão real ou presidencial.

Com relação à punição, ambos podem ser punidos com prisão e multa. No *contempt* criminal a penalidade deve se dar por tempo determinado. Logo, a prisão é fixada por tempo determinado, e a multa em valor certo, a ser paga ao Estado.

Já no *contempt of court* civil a penalidade se dá de maneira indeterminada, justamente porque visa o cumprimento de uma ordem judicial para o futuro. A prisão é fixada por tempo indeterminado, até que a parte recalcitrante cumpra a ordem judicial,¹⁶ e a multa, de caráter coercitivo, incide de forma ilimitada, enquanto a ordem não for cumprida. E, ao contrário do *contempt* criminal, o importe da condenação pecuniária se destina ao

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.170.

¹⁵ “[...] na sua estrutura básica, o procedimento relativo ao *civil contempt* é iniciado a requerimento da parte, por uma petição na qual se faz a acusação do *contempt*, sendo o alegado *contemnor* citado para, dentro de prazo determinado, apresentar razões (*show cause*) pelas quais ele não deve ser considerado em *contempt*. Em seguida, o juiz decide, apreciando as provas que tenham sido produzidas, considerando a parte em *contempt* (se for o caso) e impondo uma sanção condicionada, a incidir no caso da parte resistir em não cumprir a ordem desobedecida. Finalmente, a sanção imposta é concretamente aplicada se o *contemnor* não cumprir a ordem judicial.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Op. cit., p.105.)

¹⁶ “Essa medida, como destaca o Relatório da Comissão sobre o Desrespeito à Corte, na prática, algumas vezes, é causadora de resultado negativo, porque existem ofensores obstinados em não obedecer e, depois de algum tempo, têm de ser soltos. Aí sim, há o verdadeiro desprestígio da Corte. Aduz, ao depois, o Relatório, que nos últimos dez anos a tendência é aplicar-se multas nos casos de desrespeitos civis como forma de penalidade mais branda que a perda da liberdade ou seqüestro de bens.” (CRIBARI, Giovanni. Da obrigação, alguns aspectos, *Revista de Processo*, v.18, p. 62)

litigante prejudicado pela inexecução da obrigação.

No Direito Inglês, outra sanção é imposta, além da multa e da prisão, nos casos de *contempt of court* civil. É o seqüestro dos bens da parte recalcitrante, que pode ser utilizado como garantia do pagamento da multa.¹⁷

Com efeito, essas não são as únicas sanções possíveis, pois, para que se busque a efetividade e o respeito às ordens judiciais, o tribunal pode aplicar a penalidade que melhor se adequar ao caso concreto. Assim, teoricamente, não há limites para as sanções aplicáveis ao *contempt of court*, ficando a critério do tribunal impor esta ou aquela.¹⁸

2.2 Preceito cominatório no direito alemão

O sistema processual germânico também se utiliza de meios de sub-rogação e de coerção para a satisfação dos direitos subjetivos. A tutela jurisdicional das obrigações é prestada de forma diferenciada, de acordo com a prestação. Existem, pois, procedimentos específicos, quer se trate de obrigação de dar dinheiro, de dar coisa diversa de dinheiro, de fazer ou de não fazer. O ordenamento jurídico alemão baseia-se, assim, em uma rígida tipologia de obrigações, tendo o legislador estabelecido um procedimento adequado para cada espécie de prestação.

Por outro lado, para a tutela das obrigações que têm como objeto prestações de fazer ou de não fazer, o Direito Alemão também disciplina procedimentos ainda mais específicos, de acordo com a fungibilidade ou infungibilidade da referida prestação. Tem-se, assim, procedimentos específicos para a execução de obrigações de fazer fungíveis (§ 887 da ZPO), para as obrigações de emitir declaração de vontade (§ 894 da ZPO), para as obrigações infungíveis (§888 da ZPO), e para as obrigações negativas (§890 da ZPO).

Todavia, somente os procedimentos relativos às obrigações infungíveis e às obrigações negativas utilizam-se de meios coercitivos, através de providências que visam à satisfação do direito por atividade do próprio devedor inadimplente. Já as obrigações de dar, e mesmo as de fazer fungíveis, são tuteladas através de medidas sub-rogatórias.

Através das especificidades dos procedimentos disciplinados pelo le-

¹⁷ “O seqüestro de bens do *contemnor*, como instrumento de coerção para compelir à obediência a uma dada ordem judicial, é uma medida extrema que atinge todo o patrimônio daquele ‘contemnor’, impedindo-o de dispor ou usufruir desse patrimônio sem a devida autorização judicial.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.* p.102.)

¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p.103.

gislador tedesco, fácil é concluir que também o Direito Alemão estabeleceu o cumprimento *in natura* como regra no seu ordenamento jurídico:

Com efeito, viu-se que a lei alemã atribui, expressamente, eficácia de título executivo a direitos cujo conteúdo consiste numa prestação ‘não pecuniária’ (isto é, prestação de dar coisa diversa de dinheiro, de fazer e de não fazer). Como já se pode demonstrar, quando isso se verifica é possível interpretar que o ordenamento deu prioridade à tutela executiva específica das obrigações não pecuniárias (recorde-se, as únicas que admitem falar-se em tutela específica e ressarcitória), pois esta passa a ser um resultado garantido pelo sistema, pelas próprias regras que regem o processo de execução, enquanto processo, como o é também na Alemanha, de ‘estrutura fechada’.

Como quer que seja, o sistema germânico de execução forçada tem, como um de seus fundamentos, o princípio segundo o qual ‘o valor prioritário a realizar é o adimplemento específico das várias obrigações’.¹⁹

O ordenamento jurídico alemão admite, pois, a utilização de meios de coerção nas hipóteses de obrigação de fazer infungível e nas obrigações de não fazer, prevendo duas modalidades de coerção: a pena pecuniária (*Swangsmittel*) e a prisão do devedor (*Zwangshoft*).²⁰

A pena pecuniária é diária e progressiva, incidindo enquanto o devedor persistir no inadimplemento da obrigação, existindo, todavia, um limite máximo de valor, fixado em lei. Cabe ressaltar que a aplicação da pena é independente da reparação dos danos que possam vir a existir pelo inadimplemento do devedor recalcitrante. E, de outra forma não poderia ser, visto que a multa é paga ao Estado, tendo o credor direito tão-somente à prestação e eventuais prejuízos efetivamente comprovados.

A prisão, assim como a pena pecuniária, é progressiva, até que o devedor recalcitrante cumpra a obrigação, havendo, outrossim, limite de duração fixado em lei, não podendo ultrapassar 02 (dois) anos.

O objetivo dos meios coercitivos é forçar o devedor a cumprir sua

¹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Ob. cit.*, p. 139.

²⁰ Existem exceções à aplicação dos meios de coerção. Não se admite a aplicação da pena ou da prisão na hipótese de obrigação para contrair matrimônio, no caso de condenação a estabelecer vida conjugal e na hipótese de condenação a prestar serviços que resultem de um contrato de prestação de serviços.

obrigação. Não possuem caráter penal, pois podem ser evitadas em razão da conduta do próprio devedor, conforme ensina James Goldschmidt:

Las sanciones no se llevan a la práctica si antes de ejecutarlas el deudor realiza el acto, ya que no tienen carácter de penas, por cuya razón no cabe conmutación de la sanción de prisión por otra.²¹

Desta forma, caso se torne impossível o cumprimento específico da obrigação (de fazer infungível e de não fazer), com ou sem culpa do devedor, não há falar em medidas coercitivas, fazendo jus o credor ao pagamento das perdas e danos, ou seja, ao ressarcimento dos efetivos prejuízos sofridos e nada mais.

A cominação da pena pecuniária e a prisão devem ser requeridas pela parte, ficando ao arbítrio do órgão judicial a escolha do meio de coerção, bem como a sua fixação, respeitados os limites máximos estabelecidos pela Lei. Todavia, as medidas não podem ser aplicadas conjuntamente, sendo, de regra, aplicada a pena pecuniária em primeiro lugar.²²

Com efeito, as medidas coercitivas do sistema jurídico alemão possuem caráter público. E o fato de a pena pecuniária ser revertida ao Estado, e não ao credor, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, legitima a sua natureza jurídica, de ser aplicada em razão do desrespeito à ordem judicial, o que violaria o *imperium* estatal. Reconhece-se, assim, “o caráter público do interesse protegido com as medidas coercitivas, a saber: a proteção à dignidade da justiça e à sua correta e efetiva administração.”²³

2.3 Preceito cominatório no Direito Francês

O Código de Napoleão, em seu art. 1.142 preceitua a conversão em perdas e danos de toda e qualquer obrigação de fazer ou não fazer. Isso porque, no sistema jurídico francês não se admitia o emprego de constrições pessoais sobre o devedor, a fim de se conseguir o cumprimento específico da obrigação. Conseqüentemente, a realização específica desta classe de obrigações restou inviabilizada. Tal é o sentido do adágio latino *nemo praecise cogi potest ad factum*. Entretanto, tal entendimento não

²¹ *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 737.

²² ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1955, p.247 *et. seq.*

²³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Ob. cit.*, p. 145.

satisfazia, visto que o devedor obrigado a prestar um ato ou abster-se de praticá-lo, se liberava com a entrega de determinada quantia em dinheiro.

Passou, então, o Direito Francês a prever dois meios de coerção para obter o cumprimento específico da obrigação: a prisão e a pena pecuniária.

Permitia-se a utilização da prisão no campo do Direito Comercial e do Direito Civil, mas somente em casos expressamente previstos em lei, sendo vedado ao órgão judicial sua aplicação extensiva. Todavia, a prisão não subsiste na atualidade, tendo sido abolida no ano de 1876.²⁴

Com relação à pena pecuniária, é no Direito Francês que iremos encontrar o modelo coercitivo em expansão, denominado *astreinte*, o qual irá influenciar não somente o ordenamento jurídico brasileiro, bem como os ordenamentos da Suécia, Suíça, Bélgica e Holanda.

O aparecimento da *astreinte* se deu através dos tribunais, tornando-se, posteriormente, uma praxe consagrada na jurisprudência francesa.²⁵ Todavia, a falta de fundamentação legal motivou a maioria dos autores do século XIX a criticar sua instituição, considerando sua aplicação arbitrária, abusiva e violadora do clássico preceito *nulla poena sine lege*. Somente em 1972 (Lei 72-626) é que a *astreinte* foi disciplinada por lei específica, melhorada e confirmada em 1991 (Lei 91-650), eliminando, assim, incertezas e controvérsias acerca do instituto.

Com efeito, a *astreinte* é um meio de coerção progressivo, de caráter patrimonial, conforme ensina Ripert, *verbis*:

Se denomina ‘astreinte’ a una condena pecuniaria pronunciada a razón de tanto por día de atraso (o por cualquier outra unidad de tiem-

²⁴ “El apremio o coacción personal, regulado por los arts. 2059 a 2070 C. Civ., há subsistido hasta 1876. Permitido siempre en materia comercial, en material civil solamente procedía en ciertos casos excepcionales enumerados por la ley (art. 2059 a 2062), siendo estrictamente prohibido que los Tribunales lo decretaran en otros casos (art. 2063). Además, sólo era posible contra personas mayores de edad y por deudas de más de 300 fcs. (arts. 2064 y 2065). Pero, la suscripción de una letra de cambio era un medio fácil de someterse a esse apremio ya que esse género de título, necesariamente de carácter comercial, daba al acreedor la facultad de apremiar personalmente al deudor. En los casos en que la ley lo permitía, el apremio personal sólo podía ejercitarse por disposición judicial.” (PLANIOL, Marcel e RIPERT, Jorge. *Tratado practico de derecho civil frances*. Habana: Cultural, 1945, v. 07, p.88. Tradução: Mario Diaz Cruz.)

²⁵ “La frase ‘astreinte’ (intereses de demora) há surgido muy recientemente en las setencias de la Corte de Casación; pero, el procedimiento es antiguo. Los primeros ejemplos de que nos da noticia la jurisprudencia moderna se remontan al 1809 y 1811. Al principio, esa condena tenía frecuentemente como objeto un suma fijada globalmente en una cantidad determinada. Poco a poco los Tribunales se acosumbraron a fijar esa cantidad en *tanto por día*. El primer ejemplo que podemos citar es una sentencia del Tribunal de Gray, fecha 25 de marzo de 1811.” (PLANIOL, Marcel e RIPERT, Jorge. *Tratado practico de derecho civil frances*, Habana: Cultural, 1945, v. 07, p.90. Tradução: Mario Diaz Cruz.)

po apropiada a las circunstancias) y destinada a obtener del deudor el cumplimiento de una obligación de hacer y, en ciertos casos, de una obligación de dar. Mediante la amenaza de una pena considerable, susceptible de aumentar indefinidamente. Lo que caracteriza, por lo tanto, a esta forma de apremio es la exageración de la cifra de la indemnización, que en forma alguna es la representación del perjuicio causado al acreedor por la demora y qui ni siquiera supone la existencia de esse perjuicio. La suma así fijada es una verdadera pena; la condena es pronunciada a título conminatorio.²⁶

A *astreinte* possui características peculiares. É uma condenação acessória, que visa ao cumprimento da obrigação, sem ser atributo desta, sendo nítida a sua natureza processual. É um meio de coerção, visto que a verdadeira índole da *astreinte* é coagir o devedor recalcitrante. E, como consequência, “é totalmente independente da indenização dos prejuízos (eventualmente) resultantes do inadimplemento do devedor, e tanto pode ser concedida na ausência de prejuízos como cumular-se à reparação respectiva a eles.”²⁷

Possui caráter discricionário, no sentido de que cabe ao juiz decretá-la de ofício, justamente porque a aplicação da *astreinte* visa, antes de tudo, à preservação da correta administração da Justiça, vinculada ao *imperium* estatal. A Lei disciplinadora da matéria deixa ao arbítrio do julgador a verificação dos requisitos para incidência da *astreinte*, bem como o seu respectivo valor.

Possui caráter patrimonial e natureza de pena privada. Isso porque o valor obtido com a aplicação da *astreinte* é revertido ao credor. É justamente sobre essas características que recaem as principais críticas da doutrina. Com efeito, se a *astreinte* visa preservar o *imperium* estatal, através do respeito às decisões judiciais, e não especificamente ao cumprimento da obrigação em si, não se deveria admitir que o valor percebido com a aplicação da pena fosse revertido ao credor e não ao Estado. Na sistemática francesa vigente, ao final, o credor poderá receber muito mais do que lhe era devido, ou seja, cumulará a quantia liquidada da *astreinte* e o ressarcimento do dano, segundo as regras clássicas da responsabilidade civil.

²⁶ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol*, Buenos Aires: La Ley, 1965, t. 05, p.426)

²⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 117.

Nessa ordem de idéias, o resultado prático do instituto perde sua força intimidativa, visto que valores elevados, certamente serão diminuídos quando de sua liquidação.

É oportuno notar que tal sistemática, na avaliação da melhor doutrina francesa, não é apenas injusta, mas tende a diminuir a própria eficácia da *astreinte*. Assim, como explica Boyer, ‘os tribunais, sensíveis ao fato de que uma *astreinte* elevada, cumulada com perdas e danos substanciais, cria, em benefício do credor, um enriquecimento excessivo, tendem, deliberadamente, a liquidar as *astreintes* a uma taxa reduzida, do que decorre uma sensível diminuição de sua eficácia intimidativa.’²⁸

O ordenamento jurídico francês prevê duas modalidades de *astreinte*: a provisória e a definitiva. A diferença entre as duas espécies se restringe à possibilidade de modificação da pena, visto que ambas devem ser liquidadas, para que possam ser cobradas judicialmente, além de não se confundirem com as perdas e danos.

A *astreinte* provisória é aquela que pode ser modificada pelo juiz, aumentada ou mitigada, seja no curso de sua incidência, seja no momento de sua liquidação. Para tanto, deverá o juiz levar em consideração eventuais causas que tenham impedido a execução em seu tempo e modo, bem como o comportamento adotado pelo devedor recalcitrante.

Por outro lado, a *astreinte* definitiva é, em regra, irrevogável. Uma vez decretada não é passível de modificação e, conseqüentemente, por ser mais rígida, só pode ser decretada após a imposição de uma *astreinte* provisória e por prazo determinado. Entretanto, será passível de modificação, quando na sua liquidação, verificar o órgão judicial a existência de causa imprevisível e irresistível que tenha contribuído para a inexecução. Ademais, a imposição da *astreinte* definitiva não impede que outra venha a ser decretada. Verificado o transcurso do prazo sem o cumprimento da obrigação específica, poderá o órgão judicial aplicar nova medida de coerção.²⁹

²⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 124.

²⁹ “Há na França, ainda, uma interessante modalidade de *astreinte*, que é chamada de endoprocessual. Com a reforma do Código Processo Civil francês, a *astreinte* também passou a ser utilizada como meio de coação ao adimplemento de obrigações processuais; a *astreinte* endoprocessual, segundo a doutrina, é o único meio de coerção nos casos em que a parte ou um terceiro deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.169).

Inicialmente, a *astreinte* era aplicada como meio de coerção específico das obrigações de fazer e não fazer. Com sua eficácia sobejamente demonstrada, a *astreinte* passou a ser aplicada de maneira extensiva, a fim de fazer cumprir a execução de uma maneira geral. Destarte, a existência de outros mecanismos judiciais, com a execução através de terceiro ou de outros meios sub-rogatórios, não impedem a aplicação imediata da *astreinte*, que passou a ser usada como meio coercitivo para garantir a efetividade processual, qualquer que fosse a obrigação devida. Não possui, portanto, caráter subsidiário.³⁰

Com efeito, a aplicação extensiva da *astreinte* se deu em razão de sua eficácia em satisfazer o direito do credor, o que, com os meios sub-rogatórios também seria possível, mas com certos inconvenientes, tais como os atos protelatórios e as conhecidas manobras processuais. Verifica-se, pois, o intento do Direito Francês moderno de generalizar a *astreinte* como meio de dissuasão a impelir o devedor a adimplir seu próprio débito.

3 O preceito cominatório no direito brasileiro

3.1 Escorço histórico

Tal como no Direito Francês, o Código Civil brasileiro também prevê a conversão em perdas e danos das obrigações de fazer e não fazer, respeitando-se, dessa forma, a intangibilidade corporal do devedor, conforme ensina Carvalho Santos ao comentar o art.247 do Código Civil (antigo art. 880 do CC/16), *in verbis*:

Está visto que, se o devedor, conscientemente, se recusa a cumprir a obrigação, como, nos exemplos formulados, se o pintor e o operador se negam, respectivamente, a pintar o quadro e a fazer a operação, não é lícito forçar o devedor, constringê-lo, *manu militari*, a cumprir a obrigação, violentando-se, por essa forma, a vontade do indivíduo. [...] A liberdade é sagrada. Por isso mesmo, não tolera a lei possa o devedor ser forçado, por qualquer meio de violência à sua pessoa, a cumprir a obrigação. A sua obrigação, nos termos da

³⁰ Interessante ressaltar que a *astreinte* já foi utilizada até mesmo em execuções por quantia certa, com o fito de coagir o devedor a pagar rapidamente o próprio débito, evitando-se, assim, o recurso à expropriação, o que tornaria o processo mais lento. Todavia, com relação aos direitos extrapatrimoniais, referentes à moral do autor, do ator ou do artista, a aplicação da *astreinte* é vedada no Direito Francês, sob o argumento de que cabe ao artista decidir se a obra deve ou não ser realizada.

lei, resolve-se em perdas e danos.³¹

Conforme já explicitado anteriormente, no capítulo referente às obrigações, a Lei Civil prevê mecanismos para o cumprimento específico das obrigações fungíveis (arts. 249), mas com relação às infungíveis, a solução apresentada pelos civilistas é a conversão da obrigação em equivalente pecuniário (art.247 do CC.).

Tem-se como regra o cumprimento da obrigação em sua forma específica, não sendo suficiente e adequada, portanto, a solução encontrada pela Lei Civil. Coube então, ao Direito Processual Civil brasileiro estabelecer os meios coercitivos, a fim de que a regra do adimplemento *in natura* fosse respeitada.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia procedimento específico para a execução das obrigações de fazer e não fazer. Na hipótese de obrigação fungível, o credor poderia optar pela execução através de terceiro (art.1.000), ou pela conversão da obrigação em perdas e danos (arts. 999 e 1.004). Mas, se a obrigação fosse infungível, aplicava-se o disposto no art. 1.005: “Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que o fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.” A pena cominatória tinha lugar somente nas obrigações infungíveis e resultava do contrato ou de sentença proferida através do procedimento cominatório, previsto nos arts. 302 e segs., também do CPC de 1939.

O procedimento cominatório servia como instrumento a pretensões que objetivavam o adimplemento de obrigações de fazer ou não fazer. No mandado judicial de citação determinava-se a cominação de pena, para o caso de o devedor não cumprir a obrigação.³²

Questiona-se, entretanto, a coercibilidade da pena prevista na legisla-

³¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1989, v. XI, p.88.

³² “Servem-se do processo as ações que visam do obrigado a prestação de um fato ou a abstenção de um ato, com fundamento em lei ou convenção. Por elas pede-se o cumprimento da obrigação, mas ao mesmo tempo, comina-se, para o caso de inadimplemento, a pena convencional, ou a pedida pelo autor, se nenhuma tiver sido convencionada (Código, art.302) ou, ainda, a que fôr prevista em lei (Código, art.302 n. XII). O autor solicita do órgão jurisdicional a expedição de uma ordem para que o réu cumpra a obrigação sob a cominação da pena; ao juiz, em face das suas alegações e dos documentos que instruírem a inicial, isto é, fundado em sumariíssima cognição, profere uma provisão, vale dizer, uma decisão quanto ao mérito, mandando expedir a ordem pedida com a cominação feita.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1962, t. I, p. 170)

ção de 1939. Isso porque o art. 1005 determinava que o limite do preceito cominatório seria o valor da obrigação principal e o art.999, por sua vez, estabelecia a alternativa entre o pagamento da multa ou das perdas e danos, não sendo, portanto, cumuláveis. Dessa forma, a pena não representava um meio de coerção efetivo, a induzir o devedor ao adimplemento específico da obrigação assumida, conforme ensina Machado Guimarães:

Condicionada ao valor da prestação principal, a pena coercitiva perde sua eficácia, confundindo-se com o ressarcimento. O devedor, que não poderá sofrer, com a cominação da pena, mal maior do que o decorrente do adimplemento da prestação, não se sentirá coagido à execução específica da obrigação. [...] Para a atuação do princípio da coercibilidade das obrigações de fazer infungíveis (ou de caráter pessoal), deveria o legislador estabelecer a *cumulação de sanções*, permitindo a cominação da pena coercitiva, sem prejuízo do ressarcimento das perdas e danos. O art. 999, porém, estabelecendo a alternativa — o pagamento da multa *ou* das perdas e danos — impossibilita essa interpretação lógica.³³

Esse não era o entendimento esposado pela doutrina oposta, segundo a qual a alternativa prevista no art.999 se aplicava às obrigações fungíveis, mas na hipótese de obrigação infungível as perdas e danos se cumulavam com a pena, ainda que esta não ultrapassasse o valor da obrigação principal. Essa era a lição de Amilcar de Castro:

E por isso, dando forma prática e realização a essa norma, o art. 1.005 estabelece que se o ato só puder ser executado pelo devedor, a requerimento do exequente, o juiz ordena que o mesmo o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária que não exceda o valor da prestação. Trata-se, pois, de pena pecuniária inaplicável ao caso de poder o fato ser prestado tanto pelo executado como por terceiro; pena essa que não exclui a conversão da inexecução em perdas e danos, nos termos do art. 880 do Código Civil.³⁴

³³ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. IV, p.231.

³⁴ CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. X, t. 02, 1963, p.412. Neste mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. XIV, p.36; Moacyr Amaral dos Santos, *Ações cominatórias*. *Op. cit.*, p.167.

Todavia, ainda que a pena pecuniária fosse cumulável com as perdas e danos, forçoso é reconhecer que o legislador de 1939, talvez por influência da doutrina civilista, não estabeleceu meios de coerção progressivos, que induzissem, de forma efetiva, o réu ao adimplemento específico. O resultado prático da pena pecuniária perdia sua força intimidativa, visto que o montante da condenação nunca ultrapassaria o dobro do valor da obrigação principal e, conseqüentemente, o devedor poderia achar mais vantajoso o pagamento da quantia a que iria ser condenado, do que o adimplemento específico. Restaria, portanto, alterada a função coercitiva da pena pecuniária.³⁵

Com efeito, a orientação predominante levou ao entendimento de correlação entre o dano e o ressarcimento, amoldando-a nos limites do valor da obrigação principal. Repelia-se toda e qualquer desproporção como proveito excessivo a favor do credor.

3.2 Direito vigente

3.2.1 O Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 não previu a ação cominatória dentro de seus procedimentos especiais. Estabeleceu, entretanto, a pretensão cominatória, com peculiaridades próprias traçadas em lei, conforme ensina Giovanni Cribari, *verbis*:

O código de 1973, a toda evidência, não agasalha a ação cominatória dentre os seus procedimentos, fixando, tão-só, de permeio no processo de conhecimento (art.287) e no processo de execução (arts. 644 e 645), hipóteses de cominação; incidências cominativas essas com seus *standars* próprios. [...] Cominação é, decerto, simplesmente, ato processual de declaração de vontade objetivando imposição de pena para uma determinada infração. Ação cominatória ou ação de preceito cominatório é um processo típico, com seus pressupostos e requisitos traçados pelo modelo normativo.³⁶

³⁵ “O direito processual civil brasileiro desconhecia as *astreintes* até o vigente Código. O art. 1.005 do diploma ora revogado não as configurava, porque a cominação pecuniária se achava subordinada a uma condição indispensável: ‘que não exceda o valor da prestação’. Exatamente a característica das *astreintes* é poderem ser ilimitadas.” (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. VI: art. 586 a 645, p. 870.)

³⁶ CRIBARI, Giovanni. Execução específica – obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório, *Revista de Processo*, v. 10, ano III, abril/junho de 1978. Cabe acrescentar que também o art. 461, do CPC de 1973 prevê a pretensão cominatória, após nova redação dada pela Lei n. 8.952/94.

As novas normas estabelecidas não limitam, de maneira expressa, a aplicação da pena pecuniária às obrigações infungíveis, nem estabelecem valor máximo, ao contrário do que determinava o CPC de 1939. Com a nova sistemática processual assegurou-se a preferência pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, e estabeleceram-se novas regras para a aplicação da pena pecuniária, contribuindo para sua eficácia coercitiva.

3.2.2 Campo de aplicação

Questão que suscitava controvérsia, antes da reforma processual de 1994 e de 2002, era o campo de aplicação da multa cominatória, se aplicável somente às obrigações infungíveis, ou também na hipótese de prestação fungível. Essa dificuldade se verificava em razão do disposto no art. 287 do CPC, que estabelecia a imposição da multa somente na prestação que não puder ser realizada por terceiro, ou seja, nas obrigações infungíveis. Não aludia, portanto, às obrigações fungíveis.

Para que fosse abrangida a obrigação fungível, recorria a doutrina ao disposto no art. 644, também do CPC, que não faz qualquer restrição à natureza do objeto da obrigação. Calmon de Passos, a fim de conciliar os dispositivos da Lei Processual, argumentava no sentido de que se a obrigação fosse infungível, o seu pedido pelo autor era imprescindível e, se fungível, a multa seria uma faculdade do autor.

Aqui, no art. 287, se diz que a cominação da pena pecuniária deverá constar da petição inicial (*constará*) com acentuado teor imperativo; no art. 644 se colocou como faculdade: o credor *poderá* pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento. Aqui, no art. 287, limitou-se a cominação pecuniária à obrigação de não fazer e à obrigação de fazer infungíveis; no art. 644 nenhuma limitação se impôs, mencionando-se, genericamente, obrigação de fazer ou não fazer.³⁷

De acordo com a legislação vigente, a pena pecuniária pode ser aplicada de forma abrangente nas obrigações de fazer e não fazer, isso porque, apesar da utilidade do preceito cominatório ser mais evidente nas

³⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 03, p.180.

obrigações infungíveis, nada impede que também seja aplicado nas obrigações fungíveis. Não há, portanto, qualquer referência à infungibilidade da prestação.

Em regra, não há necessidade de se utilizarem as medidas coercitivas, quando for possível a execução por terceiro, ou seja, nas obrigações fungíveis. Todavia, a aplicação de meios sub-rogatórios pode não ser tão eficaz quanto a pena pecuniária. Lembremo-nos que o procedimento previsto para a execução através de terceiro é complexo e demorado, além de que as despesas necessárias para tanto podem ser elevadas, e o seu custeio é feito pelo credor, que somente em fase posterior será reembolsado, conforme ensina Athos Gusmão Carneiro:

Aliás, acrescentaríamos que o credor de prestação *fungível*, frequentemente *necessitará* do preceito cominatório. De fato, pode-lhe convir a execução específica, e não o sucedâneo em dinheiro. Mas, para execução por terceiro, além do demorado e complexo procedimento, com abertura de concorrência pública, etc. (nos termos dos arts. 634 e segs., do C.P.C.), a execução da obra é feita às custas do exequente (art. 634, §7º), que só posteriormente buscará o reembolso do executado. [...] E se o exequente não dispuser de pecúnia? Como se faria, então, a execução específica, face à negativa do devedor em adimplir e face à não disponibilidade de numerário por parte do credor? [...] Daí a impositividade das ‘astreintes’, como meio de coação tendente a dobrar a recalcitrância do devedor, visando a obter do mesmo a execução da prestação de fazer (ou de não fazer) fungível como infungível, sempre que ao credor interesse obter a própria prestação e não o equivalente monetário.³⁸

Com efeito, a pena pecuniária pode ser aplicada genericamente em todas as obrigações de fazer e não fazer, quer infungíveis ou não, justamente porque necessária para a satisfação do direito do credor de maneira mais efetiva.

3.2.3 Características da pena pecuniária

No Direito Brasileiro, a coerção é representada pelas multas comina-

³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Das ‘astreintes nas obrigações de fazer fungíveis. *Ajuris*, v. 14, p.129, Porto Alegre, novembro de 1978.

tórias, que constituem “imposições de caráter pecuniário destinadas a atuar sobre a vontade da parte que resiste a cumprir um dever imposto por uma decisão judicial, cujo valor é fixado com base na capacidade econômica do obrigado, à razão de tanto por dia, ou outro período, no atraso do cumprimento da obrigação.”³⁹

A pena pecuniária é, assim, uma medida de coerção, pois tem como escopo forçar o devedor recalcitrante a cumprir em sua forma específica a obrigação assumida. Logo, não possui caráter ressarcitório, sendo independente da indenização por perdas e danos (art.461, §2º), conforme ensina Marcelo Lima Guerra:

De outra parte, do caráter coercitivo da multa diária decorre também a possibilidade de ela ser imposta mesmo na ausência total de qualquer prejuízo. Com efeito, se a multa diária não tem qualquer finalidade ressarcitória — o que justifica a sua cumulabilidade com a indenização — e destina-se exclusivamente, a pressionar o devedor a cumprir a obrigação, é óbvio que a existência de danos apuráveis não pode constituir requisito para sua aplicação. Vale salientar que esse aspecto do instituto — até agora despercebido pela doutrina nacional — é de grande importância na sua utilização para obter a tutela específica dos chamados ‘novos direitos’, os quais, como regra geral, não são dotados de um conteúdo econômico facilmente mensurável, a inviabilizar a fixação de um equivalente pecuniário para sua violação.⁴⁰

A cumulação aqui estabelecida é consequência lógica e natural, tendo em vista a natureza da pena pecuniária, puramente coercitiva, e das perdas e danos, que definem o objeto da obrigação. Com efeito, o valor que tenha sido pago em razão da pena pecuniária judicial não influenciará na prestação específica ou na liquidação das perdas e danos.

Decorre ainda do seu caráter coercitivo a ausência de limites na aplicação da pena pecuniária. Enquanto as perdas e danos são fixadas em valor correspondente aos prejuízos, a pena pecuniária judicial não possui referencial, sendo, outrossim, provisória, cessando sua incidência no momento em que o devedor adimplir a obrigação pactuada.

³⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.109.

⁴⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Ob. cit., p.189.

O órgão judiciário deve fixar o valor da pena pecuniária desvinculando-o dos limites legais da indenização por perdas e danos, mas de forma a constringer a vontade do obrigado, a fim de que a obrigação seja cumprida em sua forma específica.

Para que a pena pecuniária seja aplicada, exige-se que o cumprimento da prestação seja possível, o que não poderia ser diferente, visto que, ocorrendo a impossibilidade por culpa do devedor, há a conversão da obrigação em perdas e danos e, ausente a culpa, resolvida estará a obrigação.⁴¹

Do caráter coercitivo da pena pecuniária sucede a habilidade de coagir o devedor inadimplente a cumprir a obrigação *in natura*, bem como a possibilidade de cumprimento da respectiva obrigação. Tais critérios deverão ser observados no momento da aplicação da pena, diante do caso concreto. Por outro lado, corolário lógico da adequação da pena pecuniária ao caso concreto, no momento de sua aplicação, é a possibilidade de modificação do seu valor, se insuficiente ou excessivo, pelo juiz da execução.

Estabelece a legislação vigente a possibilidade de fixação e/ou modificação da pena pecuniária diante das circunstâncias fáticas então existentes, o que independe de pedido expresso do exequente (arts. 644 e 645, CPC). Assim, ainda que a incidência da pena tenha sido expressamente rejeitada pelo juiz do processo de conhecimento, poderá o juiz, na execução, fixar a pena pecuniária, desde que se verifiquem modificações no caso concreto, quando de sua aplicação. Tal medida em nada infringe a autoridade da coisa julgada, conforme ensina Ada Pellegrine Grinover:

Ainda, o processo executivo das obrigações de fazer ou não fazer será necessário se qualquer das partes pretender a modificação do valor da multa, para mais ou para menos (art.644, parágrafo único). Observe-se que esta modificação do conteúdo do título judicial só será possível diante da mudança das circunstâncias fáticas, em face da cláusula *rebus sic stantibus*, em cuja presença a lei autoriza o juiz agir por equidade, adaptando o comando emergente da sentença aos novos elementos de fato. É o que resulta claramente do próprio

⁴¹ “Tornada impossível a prestação *in natura*, com ou sem culpa do obrigado, a pena restará inexigível desde este momento, porque igualmente inviável seu escopo, que é a execução específica. Relativamente às vantagens auferíveis pelo credor, juntamente com as perdas e danos porventura cabíveis, realizar-se-á o cômputo da pena do dia da sua incidência até aquele acontecimento que inviabilizou o cumprimento *in natura*.” (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.426.)

texto legal, que exige para a modificação a verificação de que o valor se tornou insuficiente ou excessivo: outro entendimento, aliás, vulneraria, mais uma vez, o princípio constitucional da coisa julgada.⁴²

Neste mesmo sentido é o magistério de Ernani Fidelis dos Santos:

Ainda que a sentença tenha fixado, o juiz da execução poderá aumentar o valor da multa se verificar que se tornou insuficiente, e reduzi-la, se se tornou excessiva (art. 644, parágrafo único, acréscimo da Lei 8.953/94). A modificação, assim prevista, não importa em atribuir ao juiz da execução o poder de reformar a decisão primitiva, já que, neste caso, haveria ofensa frontal à coisa julgada. Trata-se, na hipótese, de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* que, implicitamente, por disposição legal, está incluída na decisão. Daí ser mister que a alteração só se proceda quando houver justificada modificação do estado de fato, atestada pela fundamentação precisa do juízo executório.⁴³

Destarte, não pode o juiz da execução inovar, decidindo novamente o que fora decidido no processo de conhecimento, salvo quando verificada modificação na realidade fática então existente.

Questão que tem apontado controvérsias é a prevista no parágrafo único do art. 645, do CPC.⁴⁴ Segundo a interpretação literal desse dispositivo, nas execuções de títulos extrajudiciais, o juiz não poderá aumentar a multa então prevista no título. Poderá tão somente reduzir o seu valor. Isto se deve à opção do legislador em respeitar a vontade das partes.

Entretanto, forçoso é reconhecer que a interpretação literal do referido dispositivo contraria o caráter público da pena pecuniária, que visa não somente ao cumprimento *in natura* da obrigação, mas sobretudo à efetividade da prestação jurisdicional. O disposto no parágrafo único do art. 645 não se coaduna com a sistemática da pena pecuniária, visto que é caracte-

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Ajuris*, v. 65, ano 22, Porto Alegre, novembro de 1995, p.28/29.

⁴³ SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.78.

⁴⁴ “**Art. 645** – Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único – Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo.”

rística inerente do instituto a coerção, que se dá principalmente pela ausência de limites prévios de incidência, não podendo o Judiciário ter seus poderes mitigados, em razão da vontade das partes, pois, repise-se, a medida coercitiva em questão tem caráter eminentemente público.

Com efeito, reconhece-se que a referida multa não possui a mesma natureza da multa prevista no *caput* do art. 645. Em verdade, aquela nada mais é do que a cláusula penal estabelecida contratualmente pelas partes.⁴⁵

Na realidade, a ‘multa diária’ prevista no parágrafo único do art. 645 é a *multa moratória*, isto é, a *cláusula penal* ou *pena convencional*, quando prevista, especificamente, para o caso de *mora*, nos termos dos arts. 917 e 919 do CC. Essa pena convencional é obrigação acessória da obrigação principal contratada (e representada no título executivo) e, como se sabe, de caráter privado e *eminente ressarcitório*. Essa sim é que o juiz pode apenas reduzir, como controle de eventuais excessos que a convertessem em cláusula leonina. [...] Por tudo isso, numa interpretação que mantenha a coerência do referido parágrafo único do art. 645 com as regras que disciplinam a multa diária e preserve, ao mesmo tempo, o teor literal desse mesmo dispositivo, impõe-se concluir que, apesar da identidade do *nomen iuris*, o *caput* e o parágrafo único do art. 645 referem-se, na verdade, a medidas radicalmente diversas. A primeira, prevista no *caput* do dispositivo é a *multa diária caracterizadora de execução indireta*, portanto de caráter puramente coercitivo e de natureza pública e processual. A Segunda, prevista no parágrafo único do art. 645, é a *multa moratória*, medida de caráter eminentemente ressarcitório e de natureza privada e material.⁴⁶

Logo, nada impede que na execução de título extrajudicial seja fixada a pena pecuniária de caráter coercitivo (*caput* do art. 645), cumulativamente com a cláusula penal, de caráter ressarcitório, prevista pelas partes (parágrafo único do art. 645), em razão de exercerem funções radicalmente distintas.

⁴⁵ A cláusula penal é pacto acessório à obrigação principal, tendo como escopo reforçar o vínculo obrigacional e pré-liquidar as perdas e danos em caso de descumprimento contratual. Poderá referir-se à inexecução total da obrigação, como a alguma cláusula especial ou à mora, daí sua divisão em cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória. A primeira ostenta função reparadora, servindo como sucedâneo das perdas e danos, enquanto que a moratória compõe os danos advindos do atraso no cumprimento da obrigação.

⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 201/202.

De qualquer forma, a aplicação da pena pecuniária de caráter coercitivo exige a capacidade de coagir o devedor recalcitrante, bem como a possibilidade de a prestação a ser realizada. Caso contrário, a medida coercitiva restará desvirtuada da sua finalidade precípua – a efetividade processual, e passaria a configurar verdadeira punição ao devedor, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁷

Contemplado que esteja o pedido cominatório (art.287, CPC) e sendo mesmo recomendável a sua formulação, a imposição da multa prescindindo de pedido expresso, podendo ser decretada *ex officio* na decisão que a conceder (art.461), ou na fase de execução, se omissa a sentença ou o título extrajudicial (arts. 644 e 645). “Deslocou-se do interesse do autor para a responsabilidade do juiz assegurar a execução específica ou o equivalente prático, e é isso o que se quer preservar.”⁴⁸

E, em razão da possibilidade de imposição da pena pecuniária de ofício, Luiz Guilherme Marinoni entende que o art. 461 do CPC representa mesmo uma exceção ao princípio de que a sentença deve ficar adstrita ao pedido:

Se os arts. 461 do CPC e 84 do CDC excepcionam a regra da congruência entre o pedido e a sentença, isto decorre da tomada de consciência de que a tutela jurisdicional deve proporcionar, na medida do possível, a tutela específica dos direitos. Evitando-se, principalmente nos casos de direitos não patrimoniais, a insatisfatória saída pela via da técnica ressarcitória. A doutrina brasileira, aliás, tem afirmado, parafraseando conhecida máxima de Chiovenda, que a idéia central que está na base das normas de que nos ocupamos é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação final que ele tem direito de obter.⁴⁹

⁴⁷ “Dessa forma, se no curso do processo de execução verificar o juiz que ocorreu uma dessas hipóteses, ou seja, ter-se tornado irrealizável a tutela específica, ou haver perdido sua força coercitiva a multa diária (v.g. se o devedor foi reduzido à insolvência), essa medida *deve ser revogada*. Do contrário, ela deixaria de ser uma medida de natureza *coercitiva* para configurar-se como verdadeira *punição* ao devedor, o que não é permitido no sistema jurídico brasileiro. Fica demonstrada, portanto, a revogabilidade da multa diária nessas hipóteses, pelo juiz da execução, apesar do silêncio da lei, como uma autorização que se encontra latente nas regras que integram a disciplina atual do instituto.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Op. cit., p. 203.)

⁴⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 178.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.122.

A pena pecuniária não poderá ser exigida antes de se dar oportunidade ao devedor para adimplir a obrigação, visto ser ela uma medida coercitiva acessória. A Lei Processual concede ao juiz da execução a competência para fixar a data a partir da qual a multa é devida, se outra não estiver prevista no título (judicial ou extrajudicial). Todavia, deve-se reconhecer que o *dies a quo* da pena pecuniária será aquele posterior ao prazo concedido ao devedor para adimplir a obrigação assumida.

Não existe *dies ad quem* predeterminado, pois a pena incidirá dia a dia, enquanto perdurar o inadimplemento do devedor.⁵⁰ Cessará a cominação da pena com o cumprimento específico da obrigação e, outrossim, quando o credor pedir a conversão da obrigação em equivalente pecuniário, não sendo mais possível, portanto, o inadimplemento *in natura*.

A pena pecuniária será exigida através do procedimento de execução por quantia certa, podendo haver sua execução parcial, o que vem reforçar a eficácia da medida coercitiva, sujeitando o devedor recalcitrante às conseqüências do seu inadimplemento.⁵¹ De qualquer maneira, a quantia apurada será revertida em favor do credor. E, é justamente esse ponto que, como na *astreinte* francesa, sofre sérias críticas da doutrina, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, *verbis*:

[...] a cumulação das perdas e danos com a multa não espelha o direito do autor. O autor, no caso de direito patrimonial, deve ser indenizado por perdas e danos; por outro lado, no caso de direito não patrimonial, não é o valor da multa que será capaz de remediar alguma coisa, já que, se a indenização é insuficiente para a tutela desses direitos, não será o valor da multa que compensará adequadamente o autor pela lesão sofrida. [...] A multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz,

⁵⁰ “Anteriormente à Lei 10.444/2002, em razão da letra explícita dos arts. 644, *caput*, e 645, *caput*, a única grandeza de tempo admissível era o dia, lapso temporal de vinte e quatro horas, diversamente da *astreinte* francesa. Segundo a nova redação do art. 461, §5º, a multa poderá ser ‘por tempo de atraso’. Logo, qualquer grandeza temporal poderá ser adotada (semana, mês, semestre). E, além disto, aqueles poderes de modificação do valor da multa se estenderam, por força do art. 461, §6º, à periodicidade da pena. Por conseguinte, a grandeza originária do título, u fixada pelo juiz da execução, comporta infinitas mudanças, em todos os sentidos (redução ou ampliação).” (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 523).

⁵¹ “Tal execução, embora parcial, será definitiva, a menos que a decisão que comine multa ou altere seu valor houver sido objeto de recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Do contrário, será execução definitiva, ainda que parcial.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 213.)

motivo pelo qual não parece racional a idéia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um *plus* indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.⁵²

Primeiramente, cabe ressaltar que o caráter privado atribuído à pena pecuniária, ao permitir que o credor seja o beneficiário, foi formulado pela doutrina e pela jurisprudência, visto que o legislador foi silente a respeito.⁵³ Já que a pena pecuniária possui caráter coercitivo processual, e não ressarcitório, não teria o credor qualquer razão jurídica, para receber mais do que lhe era devido em função da obrigação contratada, não fosse o silêncio da Lei. Na relação jurídica material entre credor e devedor, aquele tem direito de receber a prestação pactuada ou o seu equivalente monetário, e nenhuma quantia a mais. Todavia, essa não é a sistemática adotada pela doutrina pátria.

Curiosa foi a solução encontrada pelo Direito Português, onde o valor da pena pecuniária judicial é repartido entre credor e Estado, conforme preleciona Antônio Pereira Gaio Júnior:

Interessante salientar que o montante da sanção pecuniária compulsória se destinará, em partes iguais, ao credor e ao Estado. Assim, há interesse do Estado na solução do litígio, cabendo aqui citar, de uma maneira análoga àquela situação, a idéia de ROGER PERROT quanto à execução por quantia certa em que o citado mestre vislumbra no Estado o papel de oferecer ao credor todas as informações sobre o patrimônio do devedor, assim como ajudá-lo na procura do obrigado e de seus bens. [...] Trazendo o contexto citado acima para a ótica das obrigações de fazer e não fazer, observamos que a natureza do montante pecuniário em partes iguais deriva também do desejo e necessidade para que a solução se resolva mais eficazmente, participando o Estado com maior frequência e efetividade.⁵⁴

⁵² Tutela inibitória: individual e coletiva. Op. cit., p.179.

⁵³ “Com efeito, deve ser observado que, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, onde existe uma verdadeira lacuna sobre o destino da multa diária, no direito francês há norma expressa determinando que o valor da *astreinte* é devido ao credor.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Op. cit., p. 206.)

⁵⁴ “*Tutela específica das obrigações de fazer*: Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.70.”. Cabe ressaltar que a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) prevê a reversão do valor apurado pela incidência da pena pecuniária judicial para o fundo destinado à reconstituição dos interesses transindividuais lesados.

Se a aplicação da pena pecuniária visa precipuamente o respeito ao mandado judicial, seria mais lógico que o montante arrecadado com a sua incidência fosse revertido ao Estado, a alguma instituição filantrópica ou entidade afim. O ordenamento jurídico brasileiro não demonstra, assim, a coerência com o principal escopo da pena pecuniária — o *imperium* da função jurisdicional, ao contrário do Direito Alemão, em que os valores arrecadados com a execução da multa têm como beneficiário o Estado.

Com efeito, é certamente a conversão do valor apurado em benefício do credor que suscita maiores controvérsias a respeito do assunto, principalmente no que se refere à sua limitação.

4 Limites na aplicação do preceito cominatório

Viu-se, até então, que o preceito cominatório, no ordenamento jurídico brasileiro, tende a exercer uma ação coercitiva de efeitos psicológicos extraordinários, a fim de compelir o obrigado recalcitrante a realizar, sem maiores delongas, certos atos ou omissões, cuja satisfação não se poderia obter por outros meio legais, sub-rogorios. Atende, assim, ao legítimo interesse que tem todo credor em obter o cumprimento específico da obrigação pactuada. E, como manifestação do poder de *imperium* existente na função jurisdicional, se dirige não somente a reparar um eventual prejuízo, mas fundamentalmente a penalizar a persistência obstinada na inexecução de uma ordem judicial. Constitui, assim, um instrumento a serviço da concretização do direito fundamental à tutela efetiva.

Discute-se, atualmente, a sua limitação, ou seja, se as multas cominatórias judiciais podem ou não ter seus valores limitados, não excedendo o valor da obrigação principal. Conforme visto anteriormente, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, havia dispositivo expresso (art. 1005),⁵⁵ que estabelecia como limite da multa cominatória o valor da prestação principal. O Código de Processo Civil de 1973 não previu qualquer norma análoga à do CPC de 1939, ou seja, não há regra limitadora do valor das multas cominatórias, deixando ao arbítrio do juiz a sua fixação, podendo aumentá-la ou diminuí-la, sempre que verificar ser a multa insuficiente ou excessiva.

A ausência de limitação pode conduzir a sérias consequências patrimoniais, fazendo com que surjam controvérsias a respeito do assunto.

⁵⁵ “Art. 1.005 – Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.”

A doutrina dominante entende que a cominação se dá em função da desobediência a uma ordem judicial, e não para ressarcir o titular do direito violado, em razão do inadimplemento do devedor, não existindo, portanto, qualquer limitação legal quanto a seu valor máximo, podendo até mesmo ultrapassar o valor da obrigação principal.

Carreira Alvim, adepto dessa doutrina, entende que a multa cominatória tem por escopo o cumprimento de uma ordem judicial, não havendo, assim, qualquer espécie de limitação legal ao seu valor, *verbis*:

Mas, apesar de visar, aparentemente, à realização do direito do credor, dado que procura obter uma atividade (ou omissão) do devedor, a multa tem, na verdade, o escopo direto de obter o cumprimento do mandado judicial, que enquanto expressão da *iurisdictio* e do *imperium* do Estado, não pode restar descumprido. [...] Justo porque visa garantir mais a realização do preceito (enquanto ordem judicial) do que a satisfação da *res in iudicium deducta* — embora esta seja a consequência natural daquela, não existe uma limitação na fixação da multa, ao contrário do que acontece com as perdas e danos. A primeira pode exceder o valor da obrigação principal, mesmo porque não se destina a substituí-la, senão a obter o seu cumprimento. Cumprida a obrigação material, deixa de fluir a sanção processual. A segunda, ao contrário, dada a sua finalidade de proporcionar ao credor idêntico benefício ao que resultaria do cumprimento *in natura* da obrigação inadimplida, deve conter-se nos limites desta, sob pena de configurar enriquecimento ilícito de uma das partes em detrimento da outra.⁵⁶

O Superior Tribunal de Justiça, em um de seus julgados, decidiu que a Lei Processual Civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação da pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, impossibilitando-se, assim, a aplicação analógica do art. 412 do CC., uma vez que este dispositivo visa coibir abusos nas penalidades convencionadas, enquanto que a cominação judicial tem por finalidade a garantia da efetividade processual.⁵⁷

⁵⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Op. cit., p.114/115.

⁵⁷ STJ – REsp n. 8065-SP/3T, Rel. Min. CLÁUDIO SANTOS. Ac. 3.9.91, in “DJU” 23.09.91, p.13081. Nesse sentido: REsp. 141.559/RJ; REsp. 43.389/RJ e REsp. 169.057/RS.

Entretanto, outras opiniões preconizam a limitação da aplicação das multas cominatórias judiciais, sustentando que elas se relacionam à prestação da obrigação principal, e não ao descumprimento de uma ordem judicial, e que, ainda que possuam natureza de penalidade, a sua cobrança ilimitada poderia desvirtuar a sua real finalidade, inviabilizando o cumprimento da obrigação pelo devedor, e até mesmo gerando o enriquecimento sem causa, figura repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os defensores das limitações da multa cominatória judicial, Giovanni Cribari é incisivo:

A multa diária (art. 644), hoje, não é contrária ao nosso Direito, mas à toda evidência, ele, o Direito, se contrapõe à ilimitação e à falta de teto da multa.

Aceitando-se a multa diária sem limite, *ad infinitum*, vitalícia, chegar-se-á ao possível e condenável absurdo da pretensão do autor vir a ser o inadimplemento do réu, visto que o importe da cominação ultrapassaria, de muito, o valor real da obrigação. Essa factível e esdrúxula pretensão do credor seria, evidentemente, pretensão de enriquecimento sem causa jurídica ou, finalmente, acarretadora de proveito nimiamente exagerado. Nas prestações fungíveis como, até mesmo nas infungíveis, quando inadimplidas, tem-se de se determinar um *quantum* certo, representativo, a derradeiro, do valor ou benefício da prestação ser adimplida normalmente.

O interesse do credor tem, quase sempre, valor pecuniário, ou nele conversível, descabendo, por inteiro, ao Estado a missão de satisfazer caprichos; porque uma coisa é a garantia que o ordenamento positivo confere ao credor quanto ao poder de exigir a prestação e o conseqüente dever de prestá-la o *reus debendi* — cujo conteúdo do crédito nisso se esgota — e a outra é a deturpação dessa responsabilidade, sujeição e afetação (*Haftung*). [...] Não encontramos uma só razão jurídica para se ofertar ao credor, em juízo, mais do que ele teria se a obrigação fosse normalmente cumprida pelo devedor.

A solução dos conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida em juízo, não pode resultar em importe superior ao importe no caso de ausência de conflito. Isso é lógico, intuitivo, jurídico. Ilógico, antijurídico, incongruente é o contrário: a prestação jurisdicional alargar ou aumentar a subjetivação jurídica de direito material; quando a verdade, porém, é que o processo (em sentido amplo, compreende o de execução) objetiva e tem como limi-

te, isso sim, a defesa dos direitos subjetivos, sendo a ação o meio de se conseguir o realmente devido.⁵⁸

Machado Guimarães, em parecer proferido em uma ação rescisória, na vigência do Código de 1939, onde, por vezes o disposto no art. 1.005 não era respeitado, advertia para a necessidade de limitação da multa, *verbis*:

Impossibilitado de outorgar a escritura definitiva de venda do imóvel, do qual já não é proprietário; impossibilitado de instaurar contra si próprio, no curso do processo de execução movido pelo exequente, um segundo e paralelo processo de execução (para liquidação de perdas e danos), está ele adstrito a pagar, até seu último dia de vida, uma multa diária. E nem a morte o libertará desse encargo, porque a obrigação se transfere a seus herdeiros, e estes deverão pagar, dentro das forças da herança, ao exequente e aos respectivos herdeiros, através das gerações vindouras, essa mesma multa. Multa civil vitalícia já seria inadmissível. Esta vai além; é perpétua, ad infinitum.” (Ação rescisória n. 1.249, 3º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara em 25.11.70, publicado no D.O. de 15.5.1971).⁵⁹

Essa segunda corrente, que limita a pena pecuniária judicial ao valor da obrigação principal, tem por embasamento legal a relação de direito material, não se admitindo que a norma processual dilate a prestação ou o seu valor monetário, alterando a correspondência entre crédito e débito. Na hipótese de descumprimento da obrigação pactuada, teria o credor o

⁵⁸ CRIBARI, Giovanni. Execução específica – obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. *Revista de Processo*, v. 10, p.54/55, São Paulo, abril-junho de 1978.

⁵⁹ *Comentários ao código de processo civil*, v. IV, apud SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. A pretensão cominatória. *Revista Forense*, v. 254, p.117, abril/junho 1976. “Note-se que na petição inicial da hipótese versada por MACHADO GUIMARÃES fora equivocadamente formulado o pedido cominatório. Invocara-se meio de coação, ou seja penalidade para o caso de descumprimento do preceito, agravada na fase executória para ter maior força coercitiva, tudo com o fito de se exigir o cumprimento de obrigação cuja fungibilidade já o próprio Código de 1939 o admitira em seu art. 1.006 e §§ (hoje art.641). Isso porque as promessas de contratar, como as de emitir declaração de vontade em geral, representam típicas obrigações de fazer fungíveis, a despeito de antigo entendimento de que o ato de vontade seria personalíssimo e assim, só o devedor poderia prestá-lo, equívoco que vicejou intensamente (se ainda não viceja) na prática pretoriana, o que o exemplo acima bem retrata.” (SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. A pretensão cominatória, *Revista Forense*, v. 254, p.117, abril/junho 1976)

direito de receber tão-somente o ressarcimento do dano.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento de que a multa pecuniária deve ser fixada no mesmo valor da obrigação principal. Todavia, esse posicionamento leva em conta não a natureza da multa, equiparando-a com a cláusula penal e impondo o limite previsto no art.412 do CC, mas a viabilidade do cumprimento da obrigação pelo devedor, evitando, assim, excessos capazes de gerar o enriquecimento ilícito do credor em detrimento do devedor.⁶⁰ E nem poderia ser de outra forma, pois a multa cominatória, de caráter eminentemente coercitivo, não se assemelha à cláusula penal, cuja função coercitiva, presente nos primórdios de Roma é, atualmente, simples elemento acidental, e não sua função precípua, que é a de ressarcir perdas e danos.⁶¹

A cláusula penal disciplinada pelo Código Civil tem como fundamento a incoercibilidade da vontade do devedor e, por isso, a pré-fixação das perdas e danos de maneira equivalente se mostra suficiente para a hipótese de inadimplemento. Essa, entretanto, não foi a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro, conforme sobejamente demonstrado.

O ressarcimento das perdas e danos dá a idéia de equivalência. Já a medida coercitiva impõe ao obrigado um mal mais grave do que a prestação em si. Dessa forma, não restam dúvidas de que a pena cominatória judicial não pode sofrer as limitações previstas para a cláusula penal (art.412, CC), em razão da divergência entre os escopos dos referidos institutos. Com efeito, “os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, ao admitirem uma medida coercitiva capaz de vencer a resistência do réu, rompem com a postura – obviamente de conteúdo liberal clássico – que esteve na base da formulação do art. 920 do CC.”⁶²

⁶⁰ REsp.13.416/0/RJ, 4ª T., in “DJU” 13.04.92.

⁶¹ Nos primórdios de Roma, a cláusula penal, também denominada *stipulatio poenae*, teve como função a sanção de pactos que sem ela eram destituídos de verdadeira execução. E, esses pactos se referiam principalmente às prestações de fazer e não fazer, visto que somente as obrigações pecuniárias possuíam força obrigatória. Assim, o juiz não possuía instrumento para impor o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer, não tendo, outrossim, poderes para fixar o valor dos prejuízos advindos do inadimplemento. Tinha, pois, a cláusula penal nítida feição de pena contra o inadimplemento que assumia o caráter de ato ilícito. “O primitivo Direito Romano considerava como réu o devedor que não cumpria a sua promessa e a *stipulatio poenae* tinha, então, por escopo assegurar não a reparação do dano causado, mas a repressão do dano cometido pelo devedor, não a cumprindo. Assim, no antigo Direito Romano, a cláusula tinha função singular: era a sanção única dos pactos, sem ela destituídos de verdadeira execução. Distinguia-se, pois, nesse aspecto, da cláusula penal moderna. E dela ainda se afastava pela feição de pena contra o ato ilícito de devedor inadimplente.” (MATTIA, Fábio de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Revista dos Tribunais*, v. 383, p. 35, setembro de 1967.)

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva. Op. cit., p.299.

Em que pesem as divergências doutrinárias, certo é que a norma processual vigente consentiu com a presença da pena cominatória, mas não de forma excessiva, ou mesmo infinita, o que configuraria uma verdadeira anomalia jurídica, mesmo porque, não pode a Lei estabelecer punições permanentes, nem ser interpretada de tal forma, entendendo-se como ilícita a perpetuidade das penalidades, sejam elas quais forem.⁶³

A pena pecuniária judicial possui dupla finalidade, pois ao mesmo tempo que reforça o respeito às decisões proferidas pelo órgão estatal, favorece o cumprimento da obrigação em sua forma específica. Entretanto, forçoso é reconhecer que o preceito cominatório vigente visa mais diretamente o respeito ao mandado judicial e, portanto, mais o interesse da Justiça do que o do próprio credor, que consiste no cumprimento específico da obrigação. Todavia, ambos se entrelaçam, pois, uma vez cumprida a ordem judicial, conseqüentemente, restará cumprida a obrigação *in natura*. A pena pecuniária deve, portanto produzir efeito sobre a vontade do devedor recalcitrante e, para tanto, deve ter uma proporção capaz de incomodá-lo, compelindo-o ao adimplemento específico da obrigação pactuada, pois, do contrário, sua incidência seria injustificada.

Destarte, a determinação dos limites de aplicabilidade das multas cominatórias, no Direito Brasileiro, é tema de extrema relevância para a manutenção da estabilidade das relações jurídicas pactuadas entre indivíduos na ordem social, pois, além de coibir abusos praticados em nome da tutela de alguns direitos, propiciará o seu exercício maior consonância com os princípios normativos de um Estado que pretenda ser intitulado Democrático de Direito, em que se deve preservar a dignidade da pessoa humana.

O limite proposto para a pena pecuniária judicial deve ser realizado com a ponderação, através do Princípio da Proporcionalidade, visto que o Poder Judiciário não pode empregar meio de coerção mais severo do que o necessário para perseguir a finalidade proposta pelo instituto.

5 O princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade se desenvolveu de forma lenta, em razão da máxima da separação de poderes, bem como do entendimento, então pacífico, de que o Judiciário

⁶³ ATALIBA, Geraldo. Inconstitucionalidade de punições permanentes. *Revista de Direito Mercantil*, v. 95, p.21.

não poderia adentrar no mérito dos atos da Administração Pública. Vale lembrar que foi justamente no campo — da Administração Pública, que o princípio primeiro se destacou nos ordenamentos jurídicos americano e alemão.

Ainda que existente essa mentalidade, o princípio, já na vigência da Constituição de 1967/69, mostrava-se presente implicitamente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que o estendia, outrossim, aos atos legislativos, conforme ensina Luiz Roberto Barroso:

Em decisões posteriores, embora esporádicas, voltou-se a aplicar, ainda que sem maior desenvolvimentos teórico, o princípio da razoabilidade. Foi o que se passou quando a Suprema Corte: a) considerou inválida a regra do Estatuto da OAB que estabelecia a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos a contar da aposentadoria ou da disponibilidade; b) considerou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que elevava despropositadamente os valores da taxa judiciária.⁶⁴

Quando da elaboração da Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade estava expressamente previsto no *caput* do art. 44, do texto final aprovado pela Comissão de Sistematização.⁶⁵ Todavia, foi o princípio excluído da redação final da Carta Magna de 1988.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade não deixou de ser aplicado nas decisões judiciais, principalmente nas do Supremo Tribunal Federal.⁶⁶ Ao contrário, tornou-se instrumento de contenção da arbitrariedade, abrangendo o atos da Administração, do Poder Legislativo, bem como do domínio do Poder Judiciário.

Apesar de inquestionável a sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, os doutrinadores divergem quanto ao seu fundamento, se decorrente da cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da CF/88), ou se inerente ao Estado de Direito. Paulo Arminio Tavares Buechele, influenciado pela doutrina norte-americana, entende que o princípio decorre da cláusula do devido processo legal:

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 215.

⁶⁵ “Art. 44 – A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.”

⁶⁶ RE n. 18.331, *in* RF 145/164; RMS n. 16.912, *in* RTJ 45/530; *Habeas Corpus* n. 45.232, *in* RTJ 44/322; Rp. n. 1.077, *in* RTJ 112/34; Rp. n. 1.054, *in* RTJ 110/937.

De fato, também nos parece que o dispositivo que melhor se presta a sediar o Princípio da Proporcionalidade, na vigente Carta Política brasileira, é o inciso LIV do art. 5º, assegurador do denominado *Substantive Due Process of Law* — garantia que consiste ‘na exigência constitucional de que as leis devem ser razoáveis, é dizer, que devem conter uma equivalência entre o ato antecedente da norma jurídica criada e o fato conseqüente da prestação ou sanção, tendo em conta as circunstâncias sociais que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e o meio que, como prestação ou sanção, estabelece dito ato.’⁶⁷

Por outro lado, autores influenciados pela doutrina alemã, como Paulo Bonavides, relacionam o princípio com o Estado de Direito, *verbis*:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, deflui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.”⁶⁸

Destarte, o princípio da proporcionalidade está presente no ordenamento jurídico brasileiro, independente da linha de fundamento que se adote. A discussão circunda à localização topográfica do princípio, já que sua vigência se afigura hoje incontroversa, através da análise e aplicação de seus elementos, a saber: a) a adequação; b) a necessidade; e c) a proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, se a medida tomada pelo Poder Público tiver sido adequada, necessária e razoável, terá ela atendido o princípio da proporcionalidade na totalidade de seus elementos, ou sub-princípios. Assim, “resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”⁶⁹

O princípio da proporcionalidade desempenha papel relevante no con-

⁶⁷ O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 148.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 396.

⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Foz de Iguaçu: Imprensa Universitária, 1989, p. 75, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 209.

trole dos atos do Poder Público, aferindo-se a razoabilidade das decisões, ao verificar a relação custo-benefício na aplicação da norma jurídica.

A fiel aplicação do princípio da proporcionalidade requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito, ou seja, dá-se especial relevância às dimensões fáticas, sobre o grau de afetação do titular do direito, em função do meio eleito. Não há uma fórmula aritmética, concebida abstratamente, para a aplicação da proporcionalidade. Essa é aferida diante do caso concreto, a solução é casuística, condicionada às circunstâncias da controvérsia, cabendo ao magistrado a ponderação dos interesses em litígio. E a transgressão do princípio verificar-se-á quando determinado ato (legislativo, administrativo ou judicial) estiver visivelmente em desproporção com o objetivo perseguido, ou seja, quando houver inequívoca disparidade.

Essa é a lição de Karl Larenz:

Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ‘ponderar e sopesar’ é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que — nisso reside a maior dificuldade — não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma ‘ponderação de bens no caso concreto’ é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela.⁷⁰

Em razão da função estruturadora que o princípio da proporcionalidade desempenha no ordenamento jurídico, ele é tido como um princípio constitucional, tendo seu lugar primordial, sendo estendido “a toda a atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como jurisdicional ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de Direito Constitucional.”⁷¹ Essa interpretação se dá pelo entendimento de que, se o princípio da proporcionalidade fosse um princípio geral de direito, ele serviria à Lei, tendo baixo grau de hierarquização

⁷⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 364.

positiva como fonte secundária de normatividade, segundo o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Colocado na esfera constitucional, as posições se invertem, e o princípio passa a guiar e fundamentar todas as demais normas do ordenamento jurídico. Passa a ser o ponto de partida das demais normas de um Estado, vinculando, assim, o legislador, o administrador, o juiz e os demais cidadãos da sociedade política.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade não é, assim, meramente formal, pois no momento em que é aplicado a uma situação jurídica concreta, a fim de adequar os meios ou evitar excessos, é que ele atua em sua plenitude. Tem, portanto, aspecto de norma constitucional material. Destarte, onde houver proteção a bens jurídicos e uma relação meio-fim objetivamente demonstrável, haverá hipótese para a incidência do princípio da proporcionalidade.

6 O princípio da proporcionalidade como critério de suficiência e compatibilidade da pena cominatória

O §4º, do art. 461, do Código de Processo Civil, dispõe que a multa deve ser suficiente e compatível. Suficiente para induzir o adimplemento pelo devedor, devendo ser ainda compatível com a obrigação. “Assim, dois são os critérios a ponderar: a condição financeira do devedor e expressão econômica da obrigação ou algo de caráter não econômico que importe também valor.”⁷² Percebe-se, pois, que a suficiência e a compatibilidade são elementos que devem estar presentes quando da aplicação da multa. Sopesando os meios e os fins estabelecidos por lei, de modo que se evite excessos. E, com essa mesma finalidade, o §6º do citado artigo, acrescentado pela Lei 10.444/02, determina a possibilidade de modificação do valor e da periodicidade da multa.

Ao verificar a situação econômica do devedor, bem como o valor da obrigação principal, estabelecendo-se parâmetros para a aplicação da multa, necessária se faz a observância da razoabilidade incita ao princípio da proporcionalidade. Isto porque as decisões judiciais devem dar o contorno interpretativo da legislação ordinária em consonância com as regras e princípios constitucionais. Nesse sentido é que as decisões judiciais devem ter assento na proporcionalidade, que busca a ponderação, o equilíbrio, dentro dos valores difundidos na sociedade. O princípio da proporcionalidade estabelece a obrigação de se utilizar os meios adequados, bem como a

⁷² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao código de processo civil. Op. cit., p. 187.

interdição do uso de meios desproporcionais. A proporção na busca da suficiência e compatibilidade da multa passa a ser, portanto, condição de legalidade.

Sendo o cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer dependente da vontade do devedor, a multa cominatória mostra-se idônea à consecução de sua finalidade, tendo em vista a intangibilidade corporal do devedor. Ou seja, o meio empregado — pena cominatória judicial, poderá ser adequado à obtenção do resultado almejado.

Poderá, outrossim, ser necessária, menos gravosa se comparada a outros instrumentos judiciais existentes para que se obtenha o resultado prático equivalente à obrigação específica. Isto porque, ao se verificar a onerosidade do meio empregado deve-se levar em conta não somente a pessoa do devedor, mas também o credor. Em princípio, seria menos onerosa para o devedor a conversão da obrigação infungível em perdas e danos, bem como a execução por terceiro na hipótese de obrigação fungível. Todavia, restaria totalmente desvirtuada a finalidade da regra do cumprimento *in natura*, significando mesmo um retrocesso aos primórdios de Roma, onde todas as execução de obrigações ser convertiam em pecúnia. Dessa forma, a aplicação da pena cominatória mostra-se necessária, por não existir outra providência que apresente o mesmo resultado e que seja menos gravosa para ambas as partes conjuntamente, credor e devedor.

Assim, em um primeiro momento, a incidência da pena cominatória judicial demonstra ser adequada e necessária. Todavia, somente diante do caso concreto é que esses elementos poderão ser aferidos de maneira incontroversa. Quando se chegar à conclusão da adequação e necessidade da medida coercitiva como instrumento para conseguir o adimplemento do devedor, ainda assim, deverá ser perguntado se o resultado obtido com a intervenção é proporcional em relação ao seu fim.

Será através da proporcionalidade em sentido estrito que o juiz verificará a suficiência e compatibilidade na aplicação da multa. Com efeito, sendo a multa aplicada em valor que inviabilize o cumprimento pelo devedor, restará caracterizado o seu excesso. Esse, por sua vez, não milita a favor de qualquer das partes envolvidas no conflito de interesses, representando apenas um agravo desproporcional aos direitos tutelados.

A aplicação do princípio da proporcionalidade como critério balizador na aplicação da pena cominatória, requer, portanto, a observância, pelo julgador, da situação concreta que lhe foi submetida.

Ao magistrado caberá verificar se a multa cominatória é procedimentalmente apropriada para a consecução do fim proposto. Logo após, veri-

ficará se não há outro meio menos gravoso e mais eficaz. E, por último, utilizando-se da proporcionalidade em sentido estrito, observará se a parte contra quem se impõe a medida coercitiva não será submetida a sacrifícios superiores à finalidade perseguida. Com efeito, se o devedor desatende à ordem de cumprimento, mesmo sob a pressão de uma multa diária, algo de imponderável com ele estará ocorrendo. Deixando que o valor da multa supere o valor estimado para a obrigação principal, ainda submisso à execução *in natura* ou às perdas e danos, é de se presumir que esse devedor carece de meios pessoais para atendê-la.

A aplicação da proporcionalidade aos casos concretos, como parâmetro na aplicação da pena cominatória judicial, a fim de se evitar excessos então cometidos, é assente na doutrina, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

O princípio da necessidade, abrindo-se nos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, deve orientar as hipóteses de tutela inibitória, evitando que em nome da efetividade da tutela preventiva seja descurada da idéia de que a tutela do direito do autor deve ser obtida sem gerar conseqüências desarrazoáveis à esfera jurídica do réu.

A ética da tutela inibitória consiste na efetividade da prevenção sem prejuízos excessivos ao demandado, privilegiando o ‘equilíbrio’ e a ‘justa medida’ como critérios que deve iluminar a relação entre a efetividade da tutela preventiva e a necessidade de preservação da esfera jurídica do réu.⁷³

O princípio da proporcionalidade como elemento quantificador do valor da multa cominatória, ensejará ao juiz a oportunidade de sopesar todos os interesses em jogo, aferindo o sacrifício e a preservação dos bens jurídicos em litígio.

Cabe ressaltar que o excesso foge à finalidade da multa cominatória, pois o credor pode até mesmo vir a deixar de ter interesse na prestação específica, e passar a ver a soma aferida pela multa como algo rentável, e muito mais vantajoso do que a obrigação principal que, aliás, ainda deverá ser adimplida. Há, assim, um desvirtuamento da finalidade da norma.

Assim, dentre os critérios norteadores de uma prestação jurisdicional adequada, destaca-se a razoabilidade, a busca da adequação das norma jurídicas à realidade concreta, objetivando aplicar a lei de acordo com sua finalidade e possibilidades contemporâneas.

Busca-se, assim, a adequação das normas jurídicas à realidade con-

⁷³ Tutela inibitória individual e coletiva. Op. cit., p. 116.

creta e seus valores, de forma que a lei seja interpretada e, conseqüentemente, aplicada de acordo com sua finalidade. Destarte, deve o aplicador do direito agir com prudência e moderação, através do respeito ao princípio da proporcionalidade, que estabelece critérios de adequação e necessidade. O conflito de interesses deve ser solucionado de forma que se maximize o respeito a todos os envolvidos, considerando-se, pois, a especificidade de cada caso concreto, de forma a estabelecer critérios limitativos para a aplicação da multa cominatória no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se, pois, que será através da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, e da observância de seus elementos, que se fixará o valor da pena pecuniária, a fim de coagir o devedor a satisfazer a obrigação assumida, evitando o enriquecimento indevido do autor em detrimento do réu, ou seja, vedando os excessos cometidos e respeitando a finalidade da norma jurídica.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

ASSIS, Araken de. **Manual de execução**, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ATALIBA, Geraldo. Inconstitucionalidade de punições permanentes. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 95, ano 33, São Paulo: RT, p.15-25, julho/set. de 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III: arts. 270 a 331, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Das 'astreintes nas obrigações de fazer fungíveis. **Ajuris**, v. 14, p.125-129, Porto Alegre, novembro de 1978.

CASTRO, Amilcar de. **Comentários ao código de processo civil**, v. X, T. 02, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1963.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, Campinas: Bookseller, 1998, v. I.

CRIBARI, Gionvanni. Da obrigação. Alguns aspectos. **Revista de Processo**, v. 18, p.53-74, São Paulo, abril/junho de 1980.

CRIBARI, Giovanni. Execução específica – obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. **Revista de Processo**, v. 10, p.54/55, São Paulo, abril/junho de 1978.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela específica das obrigações de fazer**, Rio de Janeiro: forense, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**, Barcelona: Labor, 1936. Tradução de Leonardo Prieto Castro..

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Ajuris**, v. 65, ano 22, p. 13-30, Porto Alegre, novembro de 1995.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. IV.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI: art.586 a 645, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 01, ano 01, p. 154-160, Curitiba, jan./ abr. de 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e não fazer). **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 01, ano 01, p. 85-95, Curitiba, jan./ abr. de 1996.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATTIA, Fábio de. Cláusula pena pura e cláusula pena não pura. **Revista dos Tribunais**, v. 383, ano 56, São Paulo, p.35-56, setembro de 1967.

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Jorge. **Tratado practico de derecho civil frances**, V. 07, Habana: Cultural, 1945. Tradução: Mario Diaz Cruz.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo IV: arts. 282 a 443, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

POP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**, Curitiba: Juruá, 1995.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**, T. 05, Buenos Aires: La Ley, 1965. Tradução: Delia Garcia Daireaux.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**, Buenos Aires: Ejea, 1955. Tradução de Angela Romera Vera.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**, 12. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1989, São Paulo: Freitas Bastos, 1989, v. XI, XIV e XXI.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações cominatórias no direito brasileiro**, T. I, 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1962.

SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. A pretensão cominatória, **Revista Forense**, v. 254, abril/junho 1976.

THEODORO JR. Humberto. **Processo de execução**, 18. ed., São Paulo: Leud, 1997.

VEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 90-107, 1º sem. 1998.