

AS MEDIDAS DE APOIO DO ART. 461 E O ANTEPROJETO DO NOVO C.P.C.

SUPPORTING MEASURES IN ART. 461 AND THE PRELIMINARY DRAFT OF THE NEW C.P.C

FRANCISCO DOS SANTOS DIAS BLOCH

Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processo Civil pela PUC/SP - COGEAE, e graduado em Direito pela PUC/SP. Advogado atuante em São Paulo.

* * Rua Piauí, 650, apartamento 92, Bairro Higienópolis, São Paulo/SP – CEP 01241-000. Email. fsbloch@hotmail.com

Recebido em 27/02/2014. Aceito para publicação em 24/03/2014

RESUMO

O regime da execução das obrigações de fazer e de não fazer passou por diversas alterações, ao longo da vigência do Código de Processo Civil (C.P.C.) de 1973, com o objetivo de conferir maior celeridade e efetividade àquelas modalidades de prestação jurisdicional. O “caput” do art. 461 impôs ao juiz, a concessão da tutela específica: a sentença que der provimento ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar, “*in natura*”, implicando em “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. O Anteprojeto do novo C.P.C. manteve a estrutura estabelecida no atual art. 461 do Código, inclusive no que diz respeito à antecipação de tutela para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Tais alterações deram maior poder ao juiz, mas, a nosso ver, deixaram de esclarecer questões relevantes discutidas na doutrina e na jurisprudência, que poderiam ter sido resolvidas neste momento, mas, em suma, as mudanças realizadas no Anteprojeto, no que diz respeito às medidas de apoio ao cumprimento das obrigações de fazer, foram pontuais, não estruturais, e mantiveram o sistema do artigo 461 do CPC. É possível afirmar que as alterações foram, de maneira geral, positivas.

PALAVRAS-CHAVE: Código Processo Civil, artigo 461, anteprojeto do novo C.P.C.

ABSTRACT

The regime of implementing obligations to do and not to do has undergone several changes throughout the duration of the Civil Procedure Code (C.P.C) in 1973 with the objective of providing greater speed and effectiveness of those modalities jurisdictional service. The "caput" of article 461 commanded the judge to grant specific tutelage: the sentence that accepts the request for compliance with obligations to do or not to do should condemn the debtor to perform, "*in natura*", implying "other measures to ensure the practical result equivalent to of due performance". The preliminary draft of the new C.P.C

maintained the structure established in the current article 461 of the Code, including with respect to the early relief to satisfy the obligations to do and not to do. These changes gave greater power to the judge, but, in our view, failed to clarify relevant issues discussed in doctrine and jurisprudence, which could have been resolved at this time, but, in summary, the changes made in the draft, with regard to support measures for the fulfillment of obligations to do, were punctual, non-structural, and maintained the system of article 461 of the C.P.C. It is possible to state that the changes were, in general, positive.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure, article 461, preliminary draft of the new C.C.P.

1. DESENVOLVIMENTO

ALTERAÇÕES RECENTES NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER E O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O regime da execução das obrigações de fazer e de não fazer passou por diversas alterações, ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973. O objetivo declarado destas mudanças foi o de conferir maior celeridade e efetividade àquelas modalidades de prestação jurisdicional, considerando as peculiaridades inerentes ao cumprimento de tais obrigações.

Em especial, as leis 8.952/94 e 10.444/02 alteraram a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil, e, segundo a maioria da doutrina, eliminaram o arbítrio judicial na conversão das obrigações em espécie em perdas e danos.

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

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

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

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

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

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

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva¹.

Nos termos da nova redação do texto legal mencionado, o “caput” do art. 461 impôs ao juiz, imperativamente, a concessão da tutela específica: a sentença que der provimento ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar, “*in natura*”, a prestação devida.

Note-se que esta é uma alteração radical com relação ao regime anterior, no qual o cumprimento das sentenças, em se tratando de condenação a obrigação de fazer ou não fazer, era executado apenas por meio do procedimento regulamentado pelos artigos 632 a 645 do CPC, que preveem a execução por terceiro ou pelo credor, mediante a aprovação de propostas pelo juiz.

Ou seja, nos termos do regime atual, o cumprimento da sentença condenatória, nas obrigações de fazer ou não fazer, implica em “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Tais obrigações ainda poderão ser executadas nos termos dos artigos 632 a 645, seja em fase de cumprimento de sentença, seja quando da execução de título extrajudicial. Isto significa que, em se tratando de procedimento de cumprimento de sentença, transitada em julgado a condenação, as providências determinadas na sentença, ou mesmo após aquela decisão, serão postas em prática por meio de mandado dirigido ao devedor ou por meio de autorização para as medidas a cargo do credor ou de terceiros sob sua direção, nos termos do artigo 249 do Código Civil.

“Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido²”.

Assim, o credor poderá executar diretamente o tra-

balho e, após sua conclusão, apresentará nos autos as contas dos gastos efetuados e dos prejuízos acrescidos, para prosseguir na execução por quantia certa, nos termos do art. 644 do Código atual. E o juiz poderá adotar as diversas medidas estabelecidas no art. 461 do Código, para obter forçar o devedor a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer.

Este procedimento parte do princípio segundo o qual as medidas de cumprimento devem ser, em regra, precedidas de autorização judicial, inseridas na sentença ou em decisão subsequente, salvo a hipótese do parágrafo único do art. 249 do CC.

E o juiz pode ainda adotar outras providências que, mesmo não sendo exatamente o fato devido, correspondam a algo que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento (por exemplo, se não é possível consertar uma máquina defeituosa, ou um automóvel, o juiz pode determinar a substituição por um equipamento que funcione), inclusive em sede de antecipação de tutela.

Como se verá em detalhes adiante, o Anteprojeto do novo CPC manteve a estrutura estabelecida no atual art. 461 do Código, inclusive no que diz respeito à antecipação de tutela para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Tais alterações deram maior poder ao juiz, mas, a nosso ver, deixaram de esclarecer questões relevantes discutidas na doutrina e na jurisprudência, que poderiam ter sido resolvidas neste momento.

O ART. 461 DO CPC DE 1973 E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA

O artigo 461 do CPC cria uma única diferença entre o procedimento ali descrito e o “procedimento comum: ordinário e sumário”, estabelecido de forma ideal no Código de Processo Civil: trata-se da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida, como se verifica pela leitura do §3.º daquele dispositivo.

Neste ponto, Cássio Scarpinella Bueno (2003)³ recusa a classificação do procedimento estabelecido no art. 461 como “ação de conhecimento”, em contraposição à “ação de execução”, segundo a interpretação dos artigos 475-I e 644, considerando que tais atividades são “sincréticas” (e resultam em “processos sincréticos” ou “ações sincréticas”).

“Art. 475 – I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

Art. 644. A sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.”

Assim, aquele autor conclui que o art. 461 descreve, ao mesmo tempo: a) atividades jurisdicionais voltadas à constituição de um título executivo judicial, e b) atividades jurisdicionais voltadas à realização concreta do direito reconhecido naquele título. E este “processo sin-

crético”, baseado naquele dispositivo legal, possibilita a concessão da tutela pretendida de forma antecipada.

“O que existe de peculiar no procedimento descrito no art. 461 em relação ao “procedimento comum: ordinário e sumário”, na forma idealizada originalmente pelo Código de Processo Civil, é a possibilidade de os efeitos da tutela jurisdicional pretendida por aquele que provoca a jurisdição, rompendo com a sua inércia, serem antecipados (...)”³.

A posição do autor é plausível, na medida em que o procedimento estabelecido pelo CPC vigente, em seu artigo 461, realmente fixa um método para a constituição de um título executivo judicial para posterior cumprimento, assim como uma série de possibilidades de cumprimento daquele título.

Mais relevante, o dispositivo legal estabelece a possibilidade de imediata constituição e execução do título executivo judicial, em sede de antecipação de tutela. Esta possibilidade foi mantida no Anteprojeto do novo CPC, como se verá adiante, e constitui um verdadeiro marco na antecipação da tutela judicial satisfativa no sistema processual civil brasileiro.

TUTELA SUBSTITUTIVA

As recentes alterações legislativas já mencionadas (leis 8.952/94 e 10.444/02), segundo a maioria da doutrina, resultaram na possibilidade de o credor exigir a tutela jurisdicional específica em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, de modo que o juiz, como regra, não pode forçá-lo a se satisfazer com a indenização por perdas e danos.

Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 461 do CPC, a obrigação irá se converter em seu equivalente econômico em apenas duas hipóteses:

a) quando o credor, diante do inadimplemento, prefira pleitear a reparação dos prejuízos, em lugar do cumprimento “in natura”;

b) quando a prestação específica, por sua natureza ou pelas circunstâncias do caso concreto, se torne impossível, sendo também impossível a obtenção de resultado prático equivalente.

Há quem questione o poder do credor de exigir a reparação dos prejuízos nesta hipótese, considerando o princípio da menor onerosidade para o devedor, estabelecido no art. 620 do CPC: Ada Pellegrini Grinover (1996)⁴, em particular, entende que o juiz tem poderes para contrariar a opção do credor pelas perdas e danos e forçá-lo a aceitar, mesmo tardiamente, a prestação específica, se esta corresponder à execução de forma menos gravosa para o executado.

Humberto Theodoro Júnior (2006)⁵ considera que este não é o melhor entendimento, levando-se em conta o direito material aplicável à situação: fora a regra do art. 461, acima referido, o inadimplemento da obrigação cria para o credor a opção entre executar a obrigação específica ou convertê-la em perdas e danos. Vejam-se os ar-

tigos específicos do Código Civil e do Código de Processo Civil.

“Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”².

“Art. 401. Purga-se a mora:

I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta”¹

Ou seja, enquanto a mora for purgável, o devedor pode emendá-la pela oferta da prestação acrescida de perdas e danos.

Com a propositura da ação, entretanto, a mora se transformou em inadimplemento absoluto, e não há mais a oportunidade para o devedor contrariar a vontade do credor na demanda deduzida em juízo: o juiz não possui poderes para modificar o pedido do autor. Ademais, o art. 620, quando permite ao juiz escolher a forma menos gravosa de realizar a execução, pressupõe a existência de mais de um meio executivo para satisfazer a prestação a que faz jus o exequente.

Tal artigo não se aplica para alterar aquilo que a lei assegura ao exequente, e que somente ele tem poder de definir: o objeto da ação, o pedido. O juiz pode alterar apenas o caminho para satisfazer o pedido, com o fim de minimizar o sacrifício que a execução acarreta ao devedor.

Veja-se em particular, neste sentido, o entendimento de Eduardo Talamini (2003)⁶.

“O caráter instrumental do processo obsta que regras e princípios venham a alterar os desígnios do direito material. Portanto, já tendo havido violação do direito patrimonial disponível, seu titular é livre para optar pela tutela indenizatória.”

Entendemos que o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior (2006)⁵ e de Eduardo Talamini (2003)⁶ está correto, acompanhando a doutrina majoritária e a jurisprudência.

O princípio da menor onerosidade em face do exequente, estabelecido no artigo 620 do CPC em vigor, e nos termos do próprio texto legal, aplica-se quando “por vários meios o credor puder promover a execução”, e nesta situação “o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Mas este dispositivo não altera o princípio segundo o qual a decisão judicial fica adstrita ao pedido formulado na peça inicial pelo autor da demanda, sendo este um reflexo do direito de ação, estabelecido no art. 5.º da Constituição Federal.

MEDIDAS DE APOIO E OS ATOS ATENTATÓRIOS AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

As medidas de apoio, previstas no artigo 461 do CPC, são aplicáveis em duas situações: a) quando for viável a obtenção da tutela específica (realização do exato fato devido) ou b) quando for possível a obtenção de resultado prático equivalente (realização de algum fato que, na

prática, equivalha ao fato inadimplido).

Ocorrendo uma destas situações, o juiz, na própria sentença condenatória (art. 461, §4.º) ou em ato subsequente (§5.º) adotará medidas acessórias ou de apoio, que reforcem a possibilidade de execução do julgado.

Dentre estas medidas encontram-se a multa diária (*astreinte*), que poderá ser imposta pelo juiz a requerimento do credor ou de ofício.

Outras medidas encontram-se previstas no §5.º do art. 461, tais como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva (se necessário, com requisição de força policial) – note-se que tal enumeração é meramente exemplificativa, segundo o texto daquele dispositivo, de modo que o juiz possui poder para tomar outras providências.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006)⁷, há apenas duas restrições às providências que o juiz pode tomar, além daqueles enumeradas exemplificativamente no artigo 461: a) *devem ser compatíveis com o tipo de obrigação a cumprir*, e b) *devem ser compatíveis com os princípios que fundamentam o devido processo legal*.

Cássio Scarpinella³, por sua vez, admite a utilização de quaisquer medidas que se mostrem *necessárias, suficientes, adequadas e proporcionais à obtenção dos resultados desejados*.

Ainda segundo aquele autor, pode ser trazida ao rol das medidas de apoio a penalidade prevista no art. 14, V e seu parágrafo único, cujo descumprimento pode resultar em multa de até 20% sobre o valor da causa (esta figura pode ser comparada ao *contempt of court* do direito anglo-saxão). A lei, afinal, define tais atos como “atos atentatórios ao exercício da jurisdição”.

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

Uma vez que tal multa tem natureza diversa daquela prevista no art. 461, nada impediria sua cumulação no caso concreto, visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível do credor.

“Como a multa prevista no parágrafo único do art. 14 tem natureza jurídica diversa daquele que é fixada com base no art. 461 (v.n. 4.1, *infra*), nada há que impeça sua cumulação diante das peculiaridades do caso concreto, visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível

do credor e, conseqüentemente, a efetividade a ser atingida pelo processo desde o seu “modelo constitucional” (v.n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Até porque o precatado dispositivo da lei processual civil é inequívoco quanto à incidência da multa que prevê “sem prejuízo de outras sanções, criminais, civis e processuais cabíveis”.⁸”

Entendemos que o posicionamento do autor é discutível, pelos seguintes motivos.

A multa periódica estabelecida no art. 461 do CPC tem o objetivo de fazer cumprir uma determinada obrigação de fazer – trata-se de medida de apoio ao processo de cumprimento de decisões judiciais, visando criar no ânimo do devedor o interesse em cumprir seu dever. Como tal, esta multa possui características específicas, como a possibilidade de alteração de sua periodicidade e de seu valor em qualquer momento (§6.º).

Já a multa fixada no art. 14 do mesmo Código tem por objetivo punir a parte pelo descumprimento das ordens judiciais, ou por criar embaraços à sua efetivação. Trata-se de penalidade propriamente dita, constituindo verdadeira sanção por um comportamento ilícito.

Neste sentido, e ao contrário de Scarpinella (2003)³, entendemos que não é possível a cumulação das multas fixadas nos artigos 461 e 14 do CPC “visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível do credor”, uma vez que este não é o propósito da norma legal inserida no último artigo.

De fato, a penalidade estabelecida no art. 14 do Código de Processo Civil vigente possui natureza processual totalmente distinta das *astreintes*, e com estas não deve ser confundida. O *contempt of court*, ato que enseja tal sanção, é definido por Ada Pellegrini Grinover da seguinte forma:

“à prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem”.⁸”

Um determinado ato processual ou extra-processual pode dar azo à aplicação da multa diária, como forma de estimular o devedor recalcitrante a cumprir voluntariamente sua obrigação, e ao mesmo tempo poderá implicar em uma ofensa à autoridade judiciária, ensejando a penalidade pelo *contempt of court*.

Mas esta última sanção não constitui um meio de estímulo ou desestímulo a certo comportamento. Trata-se de uma penalidade por determinada ação ou omissão, que não guarda relação alguma com o comportamento futuro da parte e, portanto, ao contrário do que ocorre com as *astreintes*, não poderá ser simplesmente alterada ou revogada por decisão posterior, ressalvados eventuais recursos.

MULTA PERIÓDICA

A multa por atraso no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer cabe tanto na sentença quanto em decisão interlocutória de antecipação de tutela – e cabe, também, em decisão incidental na fase de cumprimento

de sentença, se esta não a houver estipulado.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006)⁵, é esta a explicação para a dupla menção à multa, nos §§ 4.º e 5.º do art. 461: a) no primeiro deles há a previsão de aplicar a multa no ato de impor a realização da prestação devida, quando do deferimento da antecipação de tutela ou em sentença; b) na segunda hipótese, a multa é mencionada como uma das medidas de apoio que o juiz pode utilizar para tornar efetiva a condenação já proferida.

Note-se que não há definitividade na imposição e na estipulação do valor da *astreinte*, mesmo porque estes valores não integram originariamente o crédito da parte: trata-se de um instrumento legal de coerção, utilizado para apoiar a prestação jurisdicional executiva.

Não há, assim, coisa julgada na decisão que impõe a multa, e que impõe seu valor, ou sua periodicidade. É este o motivo pelo qual o §6.º do art. 461 autoriza o juiz a qualquer tempo, e de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da *astreinte*, caso esta torne-se insuficiente ou excessiva.

“Não há definitividade, outrossim, na imposição e arbitramento da *astreinte*, mesmo porque não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas de simples instrumento legal de coerção aplicável em apoio à prestação jurisdicional executiva. É por isso que não há de pensar-se em coisa julgada na decisão que a impõe ou que lhe define o valor, ou lhe determina a periodicidade (o §4.º fala em “multa diária”, já o §5.º, em “multa por tempo de atraso”; o que indica a possibilidade de o juiz adotar periodicidade que não seja a diária). E é em consequência desse feito apenas coercitivo da multa que o §6.º do art. 461 autoriza o juiz, a qualquer tempo, e de ofício, a modificar o valor ou a periodicidade da *astreinte* caso verificou que se tornou insuficiente ou excessiva”¹.

Ainda, e pelo fato de a multa ser uma simples medida de apoio, não poderá ser imposta caso a obrigação (ou seu resultado prático equivalente) resultar impossível.

Assim, caso o juiz verifique que a prestação tornou-se impossível, ou já era impossível à época da sentença, jamais poderá manter a multa indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer – mas poderá, ao determinar a conversão da obrigação em perdas e danos, aplicar a multa específica da execução por quantia certa (art. 475-J).

Porém, se a impossibilidade foi superveniente à condenação e deveu-se a fato imputável ao devedor, a multa, segundo Humberto Theodoro (2006)⁵, subsistirá até a data em que a prestação tornou-se irrealizável. Nesta situação, o credor poderá executar as perdas e danos resultantes da obrigação de fazer em seu equivalente econômico, acrescido da multa (arts. 287 e 461, §2.º).

“Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º, e 461-A)”¹.

¹ Código de Processo Civil

Ainda segundo Humberto Theodoro Júnior (2006)⁵, a imposição de multa coercitiva só é aplicável em obrigações fungíveis, ou seja, aquelas cuja prestação pode ser realizada por terceiro ou substituída por “resultado prático equivalente”. Este entendimento é embasado na leitura do art. 247 do Código Civil.

“Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”².

Em se tratando de obrigações infungíveis, portanto, a sanção pelo descumprimento da obrigação é a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, não podendo o credor impor-lhe multa como meio de coação à realização da prestação específica.

Este entendimento não é pacífico na doutrina e na jurisprudência: em especial, e considerando o caráter intimidatório da multa, o STJ entende ser possível aplicá-la ao devedor que se recusa a cumprir obrigação infungível (Recurso Especial 482.094/RJ), e Cássio Scarpinella Bueno (2003)³ concorda com esta posição.

Mesmo nesta situação, entretanto, Scarpinella (2003)³ admite que a multa, por ter caráter intimidatório, não pode perdurar indefinidamente caso demonstre ser ineficaz, e também não pode ser fonte de enriquecimento ilícito para o credor da obrigação.

MOMENTO DA EXECUÇÃO DA MULTA PERIÓDICA

Segundo a jurisprudência, a *astreinte* definida em sentença poderá ser executada a partir do trânsito em julgado, ou seja, a partir de quando seja possível a execução provisória: exige-se, assim, que ocorra um procedimento de execução da prestação principal para então, definido o inadimplemento, haver a incursão na pena coercitiva da *astreinte*.

Humberto Theodoro (2006)⁵ e Cássio Scarpinella (2003)^{3,5}, por outro lado, entendem que não se pode negar imediata executividade à multa imposta para cumprimento da tutela antecipada, uma vez que esta se cumpre de plano, nos mesmos moldes da execução provisória (art. 273, §3.º).

Nestes casos, entretanto, é necessário apurar a liquidez e certeza da pena antes de exigí-la: o devedor, assim, deverá ser intimado a cumprir a medida estabelecida em antecipação de tutela, e o credor terá de provar o inadimplemento, bem como o tempo de duração do inadimplemento.

Humberto Theodoro (2006)⁵ afirma ser necessário para tanto um simples incidente processual, nos moldes da liquidação de sentença (arts. 475-A a 475-H), sujeito a uma decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo – e a execução também será sumária, havendo o “cumprimento” da sentença nos termos do art. 475-J e seguintes (a multa em questão é embasada, inegavelmente, em título executivo judicial). Portanto, pode haver execução da multa cominatória tanto em face da decisão de

antecipação de tutela quanto da sentença definitiva, mas no primeiro caso a execução será provisória, nos termos dos arts. 273, §3.º e 558.

Este autor conclui, assim, que no caso de a sentença final decretar a improcedência do pedido, a quantia da multa exigida em antecipação de tutela deverá ser restituída ao executado.

A multa diária pode ser superior ao valor da obrigação que se pretende fazer cumprir, em razão de seu caráter de sanção, e seu beneficiário é o credor, não o Estado ou a União Federal, ao contrário do que ocorre com o artigo 14 do CPC (Recurso Especial 770.753/RS).

Cássio Scarpinella (2003)³ entende que a multa jamais poderá servir como uma fonte de enriquecimento ilícito do credor, e não poderá, igualmente, assumir caráter indenizatório, não podendo perdurar indefinidamente: não havendo o acatamento da determinação judicial, apesar da penalidade, esta deve ser alterada, ou deve ser tomada outra medida de apoio visando a obtenção da tutela específica.

Caso nenhuma das medidas de apoio leve à obtenção da tutela específica, o autor poderá requerer ao juiz a adoção de outras medidas visando “obter resultado prático equivalente”, e, em sua impossibilidade, o caso é de conversão da obrigação em perdas e danos.

Por outro lado, Cássio Scarpinella (2003)³ entende que exatamente em função da natureza das *astreintes*, estas, quando estabelecidas antecipadamente, subsistem mesmo quando a decisão final é desfavorável ao exequente: pensamento diverso iria esvaziar a fixação da penalidade.

E é igualmente aplicável à execução da multa estabelecida de forma antecipada, o disposto no art. 475-O, no sentido de que aquele que se beneficia dos efeitos antecipados da tutela jurisdicional responde objetivamente pelos danos que vier a causar. Portanto, e novamente segundo Cássio Scarpinella (2003)³, o executado poderia repetir do exequente o valor da multa já paga.

PRISÃO

Discute-se, na doutrina, a possibilidade de o juiz determinar a prisão do executado, com o fim de compeli-lo a cumprir a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo.

A prisão civil, nos termos do art. 5.º, inciso LXVII da Constituição Federal, é válida apenas para o depositário infiel e em caso de inadimplemento da pensão alimentícia.

O STF (HC 87585/TO) entende que a assinatura, pelo Brasil, do Pacto de San José da Costa Rica excluiu a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, pois aquele acordo só permite a prisão civil por alimentos e deve ser recebido com status constitucional, conforme o disposto no art.5.º, § 3.º da Constituição (a lei posterior revoga parcialmente a lei anterior).

O cerne da discussão é o seguinte: cabe verificar em

que medida pode-se conciliar os princípios que garantem a liberdade individual, e a efetividade da jurisdição.

Cássio Scarpinella (2003)³ defende o cabimento da prisão civil em casos específicos, cujas peculiaridades a justifiquem como a única forma possível, ao menos em tese, para compelir o destinatário da ordem judicial a acatá-la, e desde que frustradas todas as outras formas possíveis de conduzir a tal resultado. Segundo aquele autor, a prisão civil deve ser necessária, adequada e concretamente justificável para tutelar um interesse de maior ou igual estatura à liberdade garantida pelo art. 5.º, inciso LXVII da Constituição Federal.

O mesmo autor defende que referida norma proíbe a prisão civil por dívida, de modo que todas as outras formas de prisão civil seriam permitidas.

ALTERAÇÕES FORMULADAS NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC.

O Anteprojeto do novo CPC não alterou de maneira radical o regime das medidas de apoio ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

As alterações realizadas, entretanto, abrirão novas discussões a respeito do assunto, tanto no campo processual, quanto no que diz respeito à responsabilidade do credor pela efetivação de tais medidas. Mais importante, o Anteprojeto não encerrou determinadas discussões doutrinárias relevantes sobre a matéria, especialmente no que diz respeito (i) à manutenção ou não das *astreintes* concedidas em antecipação de tutela em caso de improcedência do pedido final, (ii) à possibilidade de fixação de prisão civil por descumprimento de ordem judicial, (iii) quanto à possibilidade de cumulação das *astreintes* com eventual penalidade aplicável em razão do *contempt of court*; e (iv) à possibilidade ou não de utilização das medida de apoio para forçar o cumprimento de obrigações infungíveis.

Vejam-se os dispositivos pertinentes do Anteprojeto do novo CPC.

“Art. 502. Para cumprimento da sentença que reconheça obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável.

Parágrafo único. Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva.

Art. 503. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na

pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.

§ 2º O requerimento de execução da multa abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou.

§ 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 4º A multa periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§ 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.

§ 7º O disposto no § 5º é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será integralmente devida ao credor.

§ 8º Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência^{10b}.

A leitura do texto acima permite concluir que o Anteprojeto do novo CPC manteve a estrutura do cumprimento de sentença relativo à obrigação de fazer e não fazer do Código atual, especialmente no que diz respeito à obtenção do “resultado prático equivalente”.

Cabe reiterar, entretanto, determinadas críticas dirigidas ao poder de o juiz determinar de ofício a utilização das medidas de apoio, poder este que foi mantido integralmente no Anteprojeto.

Em primeiro lugar, a multa periódica, nos termos do art. 503 do Anteprojeto, pode ser concedida de ofício mesmo em sede liminar. A utilização desta prerrogativa pelo juiz pode dar margem à responsabilização do credor, em caso de julgamento, ao final, pela improcedência da demanda, ou de perda da eficácia da medida, sem que o credor tenha admitido (ou sequer requerido) a antecipação da tutela pretendida, nos termos do art. 282, I e III, do próprio Anteprojeto (esta mesma responsabilização é estabelecida no art. 475-0 do CPC atual).

“**Art. 282.** Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I – a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou da prescrição do direito do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida^{10b}.”

Entendemos que o texto do “caput” do art. 503, neste ponto, deixa de atender ao princípio da adstringência da prestação jurisdicional ao pedido formulado pelo autor, o

que implica igualmente em vício de inconstitucionalidade por ofensa ao próprio direito de ação, garantido pelo art. 5.º da Constituição Federal.

Em última análise, cabe ao autor da ação definir qual prestação jurisdicional irá demandar, e, também, em qual momento pretende recebê-la: não nos parece razoável permitir ao juiz forçar o cumprimento imediato de uma obrigação por meio da multa diária, sem pedido expresso do autor, sendo que apenas este último, ao final, responderá por eventuais prejuízos.

A mesma crítica pode ser feita às hipóteses “excepcionais” nas quais o juiz pode conceder outras medidas urgentes de ofício, nos termos do artigo 284 do Anteprojeto (“Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, poderá o juiz conceder medidas de urgência de ofício”). Certas medidas, especialmente a intervenção judicial em atividade empresarial, podem causar prejuízos gravíssimos, muito superiores ao eventual cumprimento de uma obrigação, ou a uma eventual execução provisória de multa periódica – entendemos que cabe apenas ao autor da demanda avaliar o risco, e a conveniência, de requerer tais providências.

Por outro lado, algumas alterações foram a nosso ver bem formuladas no texto do Anteprojeto, como a possibilidade expressa de se realizar a execução provisória das *astreintes* (o que já era admitido pela doutrina e por boa parte da jurisprudência, como visto acima), e a fixação do momento processual adequado para seu levantamento, antes do trânsito em julgado da demanda.

O estabelecimento de um limite ao valor total da multa periódica até o montante equivalente ao da obrigação, a partir do qual os valores serão devidos à Fazenda Pública, a nosso ver também é uma mudança bem vinda, por atender ao princípio de direito material segundo o qual deve-se evitar o enriquecimento ilícito. Trata-se de uma possibilidade utilizada pelo sistema processual civil Norte-Americano, que pode perfeitamente ser adaptada ao sistema brasileiro.

Em suma, as mudanças realizadas no Anteprojeto, no que diz respeito às medidas de apoio ao cumprimento das obrigações de fazer, foram pontuais, não estruturais, e mantiveram o sistema do artigo 461 do CPC. É possível afirmar que as alterações foram, de maneira geral, positivas.

Entendemos, entretanto, que a possibilidade de utilização destas medidas pelo juiz, de ofício, deveria ser restringida ou até mesmo banida, tendo em vista o princípio da adstringência da prestação jurisdicional ao pedido e, principalmente, tendo em vista a responsabilidade da parte pelos prejuízos decorrentes da implementação de tais providências.

REFERÊNCIAS

[1] Código de Processo Civil de 1973.

[2] Código Civil (2002).

- [3] Bueno CS. “Curso Sistematizado de Processo Civil”, 2ª Edição, Ed. Saraiva, 2003
- [4] Grinover AP. “Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e Não Fazer”, *in* “Reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo, Saraiva, 1996
- [5] Júnior HT. “Curso de Direito Processual Civil”, 40ª Edição, Ed. Forense (2006)
- [6] Talamini, Eduardo. “Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer”, 2ª Ed., Ed. RT, 2003
- [7] Júnior HT. “Processo de Execução”, 17ª Edição, Edição Universitária de Direito. (1994)
- [8] Ada Pelegrini Grinover, “Abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court”, *in* “A Marcha do Processo”, RJ-SP: Forense Universitária, 2000, PP. 62-69
- [9] Anteprojeto do Novo CPC (dezembro de 2012).

