

Como exemplo, poderíamos citar a pretensão de evitar um desastre ecológico com a interrupção do funcionamento de uma fábrica excessivamente poluente. A paralisação das atividades, juridicamente, só poderia ser levada a efeito por seu proprietário, e por mais ninguém. No entanto, é possível ao órgão jurisdicional utilizar-se de força policial para que tal fato ocorra, ou mesmo adotar outras medidas que alcancem o resultado prático equivalente à interrupção, como a imposição ao réu de colocação de filtros antipoluentes, revelando-se que, mesmo sendo a obrigação qualificada como (juridicamente) infungível, é possível a satisfação do direito por ato que não seja o do próprio obrigado.

Cabe ainda ressaltar, como bem o faz Ada Pellegrini Grinover, que é preciso tomar-se *cum grano salis* a afirmação de que as obrigações de não fazer seriam sempre infungíveis,²³ sendo impensável o emprego de meios de sub-rogação para satisfazer o direito do credor independentemente da vontade do obrigado.²⁴

É que pode o órgão jurisdicional, em não sendo a obrigação naturalmente infungível, lançar mão de meios que conduzam à satisfação do direito do credor, independentemente da vontade do devedor.

Alguns exemplos podem evidenciar a correção dessa assertiva. O Código de Defesa do Consumidor impõe a obrigação negativa ao fornecedor de produtos de não colocar, no mercado de consumo, qualquer produto que esteja em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes (art. 39, VIII). Ajuizada ação inibitória para que o fornecedor pare de violar o direito dos consumidores, não mais colocando os produtos impróprios à venda, mesmo que o réu não cumpra a determinação por vontade própria, poderá o órgão jurisdicional determinar a apreensão dos produtos em circulação e daqueles que estão em estoque, ainda não expostos. Com tal medida, dá-se concreção à tutela inibitória, independentemente da vontade do fornecedor, que se manteve recalcitrante. Situação idêntica ocorre nos casos de ameaça de viola-

23 Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 254.

24 É o que sustenta Barbosa Moreira, Tutela específica do credor nas obrigações negativas, *Temas de direito processual*, p. 35. (2.ª série). João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 155.

ção de direito autoral, ou de violação de direito da personalidade praticado por empresa jornalística, em que pode o magistrado determinar a apreensão do material impresso, inibindo a prática do violador de direito.

De todo o exposto, podemos concluir que fungível é a obrigação cujo resultado da prestação pode ser alcançado por meios diversos daqueles originariamente previstos em lei ou pactuados pelas partes. Em tais obrigações, relevante é a situação final à qual o credor tem direito de obter com o adimplemento da obrigação, sendo irrelevante o meio pelo qual a ela se chega.

Portanto, a questão da fungibilidade ou da infungibilidade da prestação resolve-se, no aspecto prático, pela possibilidade ou impossibilidade de se alcançar seu resultado por ato de pessoa diversa daquela do obrigado, sendo, assim, a satisfação do interesse do credor o critério decisivo na determinação dessa qualidade da obrigação.²⁵

Em se tratando de obrigações infungíveis, a tutela inibitória só pode ser atuada por meio das técnicas coercitivas analisadas no item 7.3, *infra*, já que o direito do autor só é satisfeito com a conduta do próprio obrigado. Mantendo-se o réu recalcitrante, desobedecendo a ordem inibitória, a única alternativa ao autor será o recurso à ação indenizatória, depois de violado o seu direito.

Já nas obrigações fungíveis, incluindo-se nessa categoria as *juridicamente* infungíveis, a recalcitrância do devedor ao cumprimento de sua prestação, mesmo diante da imposição de medidas coercitivas, não é óbice intransponível para a efetivação da tutela inibitória, dado que o direito do autor poderá ser tutelado com a utilização de meios sub-rogatórios, também adiante analisados (item 7.4, *infra*).

7.3 A COERÇÃO AO CUMPRIMENTO

Uma das principais técnicas utilizadas pelo legislador para permitir o alcance da efetividade das decisões inibitórias foi a coerção ao cumprimento.

25 João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 367-369. É também o que transparece da lição de Kazuo Watanabe, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 41.

A coerção ao cumprimento consiste em uma ameaça de aplicação de sanção à parte em caso de violação da obrigação que lhe foi imposta, em uma ameaça de lesão ao seu interesse maior do que a vantagem obtida com o inadimplemento da obrigação. Pretende-se, com isso, influir sobre a vontade da parte e induzi-la a adimplir espontaneamente à obrigação a que está sujeita.²⁶

O recurso à esta técnica de atuação dos direitos no processo foi originariamente utilizado para aplicação àqueles casos em que a execução por sub-rogação se revelava inadequada, como ocorre na execução das obrigações de fazer ou não fazer naturalmente infungíveis.

Assumiram assim, inicialmente — e ainda assumem em alguns ordenamentos jurídicos — um papel suplementar e subsidiário: onde a execução por sub-rogação fosse insuficiente ou inadequada para dar efetiva atuação às obrigações de fazer ou não fazer, autorizava-se a utilização dos meios coercitivos, para constranger o devedor a cumprir a sua obrigação.²⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, o recurso à técnica coercitiva na atuação jurisdicional não tem aplicação apenas subsidiária, sendo, a bem da verdade, o primeiro e principal meio executivo a ser utilizado para a obtenção da efetiva tutela jurisdicional do direito pleiteado.

Os arts. 461 e 461-A do CPC impõem a preferência à *tutela específica* dessas obrigações significativa de suas realizações por meio do cumprimento pelo próprio devedor, e que pode ser obtida justamente com o uso da coerção ao cumprimento.²⁸

É de se salientar que, em determinadas hipóteses, a coerção ao cumprimento será, a bem da verdade, o único meio de se alcançar a inibição do ato ilegal. São os casos em que a obrigação declarada na decisão

26 Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale*, p. 176; João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 374.

27 João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 376 e ss.

28 Sobre a distinção entre as expressões "tutela específica" e "resultado prático equivalente" utilizados pelo legislador na disciplina da tutela das obrigações de fazer ou não fazer, v. Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 47.

inibitória for naturalmente infungível, ou seja, absolutamente insubstituível por ato de terceiro ou por medida que conduza a resultado prático equivalente. Nestas hipóteses, o ato antijurídico só será inibido com a conduta do próprio réu; somente o seu comportamento pode satisfazer o direito da parte. A única maneira de se alcançar essa conduta será por meio da utilização de meios executivos indiretos, sendo o principal deles a imposição de coerção patrimonial.²⁹

Pode-se dizer que, por meio da utilização de espécies de sanções disponibilizadas no ordenamento jurídico, o legislador montou um aparato coercitivo que pode ser eficaz na obtenção do cumprimento da decisão pela própria parte, sem que se dependa ou se mostre necessário o socorro a técnicas sub-rogoratórias de seu comportamento devido.

Esclareça-se que a sanção é aqui entendida nos moldes como conceituada por Norberto Bobbio, que entende ser a mesma uma "medida predisposta pelo próprio ordenamento jurídico para reforçar a observância das próprias normas e eventualmente por remédio aos efeitos da inobservância".³⁰

Desse modo, existem no ordenamento jurídico não apenas sanções "sucessivas", que atuam depois da violação ao direito ter ocorrido, como é o caso das medidas punitivas ou reparatórias. Existem também sanções "preventivas", que são aquelas utilizadas antes mesmo que a violação do direito seja praticada, como é o caso das medidas de controle, encorajamento e intimidação.

De qualquer maneira, como esclarece Bobbio, tanto as "sanções sucessivas" como as "sanções preventivas" funcionam como medidas coercitivas ao cumprimento do preceito jurídico pelo obrigado.³¹

Naquilo que interessa para o estudo da tutela inibitória, pode-se dizer que sanção de natureza preventiva utilizada como meio coercitivo

29 João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 374.

30 Sanzione, *Novissimo digesto italiano* XVI, p. 530: "alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza". Em sentido semelhante, Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, n. 239, p. 673.

31 Sanzione, loc. cit., p. 534.

é a multa cominatória, de caráter processual, e prevista no § 4.º do art. 461. De natureza punitiva, que servem também à coerção ao cumprimento, são a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, prevista no art. 14.V, e parágrafo único, do CPC, também de caráter processual, e a prisão por crime de desobediência, de caráter penal, prevista no art. 330 do CP. São estas sanções; que servem à coerção ao cumprimento da ordem inibitória, o objeto da análise que segue.

7.3.1 A multa diária prevista no § 4.º do art. 461 do CPC

Um dos principais meios executivos colocados à disposição do órgão jurisdicional para alcançar a efetividade da decisão inibitória é a sanção pecuniária disciplinada no § 4.º do art. 461 do CPC, no qual é tratada por "multa diária".

Inspiração no modelo francês das *astreintes*, representa vigoroso meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional.

Por meio da multa diária, impõe-se ao sujeito passivo a ameaça de ser obrigado a pagar um valor pecuniário determinado, cumulável diária, em caso de recalcitrância no cumprimento da ordem judicial.³²

Assim, serve a multa diária como um meio de pressão sobre a vontade do réu, intimidando-o a realizar a prestação que deve, sob pena de ameaça de sanção pecuniária concretizar-se. Daí advém o seu caráter coercitivo.

Sob outro prisma, representa um contra-estímulo³³ à violação da decisão judicial. Se o réu poderia obter vantagens com a prática do ato antijurídico, em desobediência à ordem inibitória, a ameaça da sanção pecuniária tem por escopo retirar estas vantagens, demonstrando ao sujeito passivo que é mais interessante cumprir a ordem do que violá-la.

32 Sobre o conceito de sanção pecuniária ou multa diária, v. João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 393 e ss.; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale*, p. 176; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 188; Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 420.

33 Barbosa Moreira. A tutela específica do credor nas obrigações negativas, *Revista Brasileira de Direito Processual* 20, p. 71.

A multa diária representa o principal, mas não único, meio de atuação da decisão inibitória. Luiz Guilherme Marinoni chega a afirmar que a multa é característica essencial da tutela inibitória, não se podendo falar em inibição da violação do direito sem a aplicação de tal técnica coercitiva.³⁴

Com efeito, consistindo a decisão inibitória, em regra, na ordem dirigida ao réu a prestar determinada conduta, positiva ou negativa, o instrumento mais eficaz para conseguir tal cumprimento é a multa diária, pois esta atuará sobre a vontade do sujeito passivo, influenciando o seu comportamento, de forma a induzi-lo ao adimplemento da obrigação imposta pela decisão inibitória. A coerção patrimonial operada pela aplicação da multa diária poderá fazer com que o réu atenda ao comando jurisdicional, desistindo de praticar o ato ameaçado, ou fazendo com que o mesmo não mais continue ou repita os atos violadores do direito do autor.

Assim, pela imposição da sanção pecuniária pode-se alcançar a inibição do ato ilegal pela conduta do próprio réu, concedendo-se ao autor a tutela preventiva e específica de seu direito, sem a necessidade de se recorrer a meios sub-rogatórios que conduzam a resultado prático equivalente ao adimplemento. É a forma mais econômica e eficaz de outorgar ao autor tudo aquilo que ele tem direito de conseguir.

7.3.1.1 Natureza jurídica

A multa diária é, por definição, um meio de constrangimento decretado pelo juiz, destinado a determinar o comportamento do réu no sentido de obedecer à ordem judicial.³⁵

É a multa diária instrumento de atuação das decisões judiciais. É técnica executiva, que usa de meio indireto — a coerção — para alcançar

34 *Tutela inibitória*, p. 166 e 173. A afirmação deste jurista não nos parece ser de todo correta, já que a tutela inibitória pode servir-se de outros meios executivos, inclusive sub-rogatórios; para que alcance sua efetivação prática. Esta divergência é melhor tratada no item 7.4.3, *infra*.

35 O STJ já se manifestou nesse sentido, por meio de sua 4.ª T., no julgamento do REsp 123.645/BA, DJU 10.12.1998.

o cumprimento do comando jurisdicional e satisfazer o direito tutelado pela decisão.

Com a sua utilização, potencializa-se a efetividade das ordens do juiz, de modo que o seu poder de decidir o direito não seja apenas um poder teórico, ou melhor, um poder sem relevância prática, sem meios que tornem o direito declarado um direito vivo.³⁶

A imposição da multa diária tem por função, portanto, dar maior eficácia ao processo, possibilitar que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado conceda ao cidadão tudo aquilo que ele tem direito de conseguir, além de preservar a autoridade do juiz e o prestígio da Justiça.³⁷

Frise-se que a prestação de tutela jurisdicional eficaz, que produza, no plano fático, todos os resultados que garantam a realização integral do direito consagrado pelo ordenamento jurídico, é de interesse do Estado, primordialmente. Melhor dizendo, é *dever* do Estado assegurar a eficácia de suas decisões, dever este consagrado constitucionalmente.³⁸

Por essa razão, é lícito afirmar que o interesse diretamente tutelado pela multa cominatória é o do Estado. É o interesse público na efetividade das decisões jurisdicionais e no respeito à autoridade dos tribunais o objeto imediatamente protegido pela imposição de ameaça de sanção pecuniária.³⁹

Possui a multa cominatória, assim, caráter público e processual. É ato de autoridade de Justiça,⁴⁰ que deriva mais do *imperium* do juiz do que de sua *jurisdicção*,⁴¹ pois é ato que tem por função assegurar a efetivi-

36 João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 395.

37 Cândido Dinamarco afirma expressamente que "todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária (astreintes) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária", *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 157. Neste sentido, Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 165; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 289-297.

38 Sobre a questão, remetemos o leitor ao Capítulo 1, item 1.1, deste trabalho, onde o tema é melhor tratado.

39 Vittorio Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, p. 59.

40 Starck, Roland e Boyer, *Obligations - Régime général*, p. 271, apud Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 116.

41 Idem, p. 119.

dade da decisão prolatada, sendo o direito da parte apenas reflexamente tutelado pela multa cominatória:

Tendo por objetivo precípuo coagir o réu a realizar o comando imposto pelo juiz, tem em vista o cumprimento de uma *obrigação processual*, representada pelo dever das partes de obedecerem às ordens jurisdicionais eficazes.

É a relação jurídica Estado-parte, enfeixada no processo, a base da multa cominatória, e a violação da obrigação processual daí derivada — e não a obrigação de direito material — que autoriza a sua incidência.⁴²

A tutela de uma obrigação processual — inconfundível com a de direito material que é causa do litígio — operada pela aplicação da multa cominatória fica clara se atentarmos ao fato de que o pagamento dos valores derivados da incidência das *astreintes* em nada afeta o direito substancial da parte.⁴³ Não prejudica o seu direito à realização específica da obrigação ou ao recebimento de seu equivalente monetário, nem mesmo a postulação de indenização por perdas e danos, com a qual pode se cumular, em conformidade com o que está expresso no § 2.º do art. 461.⁴⁴ Da mesma forma, a satisfação do direito tutelado pela decisão em nada afeta o direito ao recebimento dos valores derivados da incidência da multa cominatória, se dita satisfação se deu após alguns dias de recalcitrância do réu.

Além do mais, o art. 287 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.444/2002, deixa explícito em sua redação que a multa diária é "para o caso de descumprimento *da sentença ou da decisão antecipatória de tutela*".

42 Por essa razão se compara a multa cominatória ao instituto do *contempt of court* do direito anglo-saxão. Nesse sentido, v. Luiz Guilherme Marinoni, *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)*, *Genesis - Revista de Direito Processual Civil* 1, p. 92.

43 Cândido Dinamarco, *Execução civil*, p. 102: "A boa compreensão do objetivo com que instituídas as *astreintes* no direito brasileiro leva a excluir o absurdo de considerá-las substitutivas da própria obrigação, considerando-se extinta esta quando pagas aquelas".

44 João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 396.

Releve-se, porém, que a efetiva incidência dessa sanção — a multa diária — pelo descumprimento da ordem não é o escopo de sua determinação, mas é a condição de sua eficácia. Seu fim imediato é induzir o devedor a cumprir o comando judicial, sendo a efetivação da ameaça de sanção pecuniária elemento condicional, apenas ocorrendo se a coerção resultar ineficaz.⁴⁵

A finalidade de sua imposição, em suma, não é o de ser efetivada, mas apenas de fazer com que o destinatário da ordem judicial cumpra o quanto determinado pelo magistrado. Por isso é que pode ser caracterizada, na classificação de Norberto Bobbio, como uma sanção preventiva.

Por fim, deve ser frisado que a natureza coercitiva da multa cominatória impõe à sua aplicação dois limites. O primeiro deles é a sua aptidão para pressionar a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a obrigação.⁴⁶

A aplicação da multa diária deve realmente possuir a potencialidade de influenciar a vontade do réu e determinar a sua conduta no sentido desejado pela ordem judicial. Assim é que se revelará incabível a aplicação da multa cominatória em que o réu for pessoa insolvente, ou de poucos recursos.

O segundo limite a que se submete a imposição de medidas coercitivas é a impossibilidade prática do cumprimento do quanto determinado no comando judicial.⁴⁷ Dessa forma, se a violação já estiver definitivamente consumada, não haverá mais razão para se impor multa cominatória, já que não mais se encontra alcançável a tutela específica do direito, irremediavelmente violado.⁴⁸

7.3.1.2 Regime de aplicação

Cumpre agora analisar a funcionalidade da multa cominatória, tendo-se em vista a sua disciplina dada pelo legislador brasileiro.

45 Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, nota 4 ao art. 84, p. 654.

46 Marcelo Lima Guerra, *Excitação indireta*, p. 191.

47 Idem, p. 192.

48 Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 426.

Inicialmente, deve ser dito que a imposição de multa diária consiste basicamente em uma condenação para o futuro, de caráter pecuniário.⁴⁹

É decisão condenatória para o futuro porque impõe ao réu, desde logo, sanção para o caso de futura violação da obrigação de cumprir a ordem judicial. Mesmo sem que tenha ocorrido a violação da obrigação, já fica prevista e estabelecida a sanção correspondente, outorgando-se ao autor da demanda um título executivo, de natureza judicial, idôneo a fazer surgir atividade executiva tendente a cobrar os valores referentes à multa.⁵⁰

Determinando-se e advertindo-se o réu previamente sobre as consequências a que estará sujeito em caso de violação da obrigação de atender ao comando judicial, estabelece-se um revigoramento da ordem, aumentando-se a coerção psicológica sobre o sujeito passivo para que a atenda.

Possui caráter pecuniário porque tem por objeto de prestação o pagamento de soma em dinheiro, recaindo sua execução sobre os bens do devedor, e não sobre sua pessoa.

a) Fixação da multa cominatória

a.1) *Pedido e imposição "ex officio"* — Por ser medida afeta ao poder jurisdicional, tendente a assegurar a efetividade do processo, a imposição de multa cominatória ao réu independe de pedido explícito da parte autora.⁵¹

49 João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 397. Kazuo Watanabe também reconhece a natureza condenatória da decisão impositiva da multa diária, sem afirmar, contudo, que se trata de condenação para o futuro, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 43. Pontes de Miranda afirma se tratar de uma "condenação eventual", querendo com isso expressar a mesma idéia de condenação para o futuro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XIII, p. 325.

50 Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale*, p. 181-182.

51 Nesse sentido, v. acórdão do STJ, proferido no REsp 201.378/SP, por meio do qual se afirmou que as astreintes podem ser fixadas pelo juiz de ofício, sendo irrelevante o fato de o réu ser pessoa jurídica de direito público.

A previsão legal de aplicação *ex officio* da multa cominatória está expressa nos §§ 4.º do art. 461 do CPC e do art. 84 do CDC, nos quais se afirma que “o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior [eliminar] ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor (...)”.

Com efeito, o interesse diretamente tutelado pela imposição das multas cominatórias é do Estado, pois é dele a responsabilidade de assegurar aos jurisdicionados a eficácia de suas decisões.⁵² Por essa razão, cabe ao juiz da causa utilizar dos poderes que lhe são concedidos com o fito de velar pela efetividade das decisões que proferir, mesmo que a parte interessada pelo atendimento do comando judicial não tenha pedido expressamente a aplicação de medidas coercitivas.

Evidentemente, pode o autor requerer a imposição da multa cominatória, todavia como mera *implicatio iudicis officii*, como bem observou Vittorio Denti.⁵³ Isto porque, em virtude da natureza do provimento jurisdicional que julga procedente a pretensão inibitória, tem o magistrado o poder-dever de utilizar das medidas necessárias para alcançar a efetividade de sua decisão, sejam elas medidas coercitivas ou executivas. Assim, pedir que o magistrado as determine nada mais é do que pedir que o magistrado cumpra suas funções no processo.

Em análise um pouco mais detida desta questão, observa-se que, na realidade, o pedido expresso de aplicação de medidas coercitivas nada mais faz do que explicitar parte do pedido *inmediato* formulado.⁵⁴ A providência jurisdicional solicitada na ação inibitória traz em si implícita a adoção dos meios coercitivos e executivos necessários à sua satisfação. Dessa forma, quando a parte autora requer a adoção desses meios em

52 Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 68.

53 *L'esecuzione forzata in forma specifica*, p. 59.

54 A doutrina bem distingue o pedido *inmediato* e o pedido *mediato* veiculados na petição inicial. O primeiro representa o tipo de providência jurisdicional pleiteada, determinando a natureza da ação; o segundo representa o bem jurídico material, o “bem da vida” que interessa ao autor, em detrimento do réu. Entre outros, v. Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 237. Proto Pisani prefere utilizar-se das expressões “objeto processual” e “objeto material” do pedido para distinguir, respectivamente, o pedido *inmediato* e o pedido *mediato*, *Lezioni di diritto processuale*, p. 61.

momento posterior à petição inicial, nada mais faz do que reiterar, agora de forma explícita, o pedido imediato anteriormente formulado.

Por essa razão é que tal pedido pode ser veiculado tanto na petição inicial, como também em momento posterior a ela, mesmo depois de realizada a citação do réu, não implicando este ato violação ao preceito do art. 294 do CPC.

a.2) *Momento de imposição* — No que concerne ao momento de imposição da multa cominatória, o legislador não foi feliz na redação do citado dispositivo legal. De sua letra pode-se pensar que a fixação só pode ocorrer nas duas ocasiões apontadas, isto é, no ato de concessão da liminar, ou na prolação da sentença de procedência, quando a possibilidade é mais extensa.

A bem da verdade, estes são os momentos ideais para a imposição da multa, vez que a índole preventiva e urgente da ação inibitória requer que o provimento jurisdicional que a acolhe — em forma provisória ou definitiva — possua, desde logo, uma eficácia acentuada, uma forte potencialidade de impedir a prática do ato ilegal, ou a sua continuação ou repetição.

No entanto, pode ocorrer de o juiz conceder a medida liminar pleiteada, mas não impor, na mesma ocasião, a multa pecuniária. Acaso se revele a recalcitrância do réu no atendimento à ordem, e revelando-se ainda possível a tutela inibitória do direito alegado em juízo, pode e deve o magistrado, por meio de nova decisão interlocutória, impor a multa cominatória ao réu, reforçando assim a possibilidade de atendimento ao comando judicial, valendo este raciocínio também para a sentença de procedência.

Não só a possibilidade de imposição da multa em momento diverso daqueles previstos no § 4.º do art. 461, mas também a possibilidade de sua fixação *ex officio* decorre do dever do juiz de utilizar os meios necessários para fazer com que suas decisões atinjam o ideal colimado pela garantia constitucional inscrita no art. 5.º, XXXV, da CF.

a.3) *Fixação de prazo para cumprimento* — As normas que prevêem a imposição da multa cominatória afirmam, ainda, que deverá o magistrado fixar prazo razoável para o cumprimento do preceito.

É necessário dizer que a fixação de prazo para o cumprimento da ordem judicial não é ato necessário ou obrigatório, como se poderia concluir por uma leitura menos atenta desses dispositivos legais. Ao contrário, é ato que fica ao critério do juiz, que deverá levar em consideração a natureza da obrigação e a urgência da tutela pretendida, a fim de avaliar a compatibilidade da fixação de prazo para cumprimento do preceito.

E não poderia ser de outra forma. A tutela inibitória, tendo por função a prevenção da violação de um direito, através da inibição da prática de atos antijurídicos futuros; na maioria das vezes, requer atuação imediata. Quando a ameaça de prática do ato é iminente, ou mesmo quando este já está em curso, dar prazo ao réu para cumprir a ordem pode significar o mesmo que lhe permitir violar o direito do autor, pois durante o seu transcurso não há medida coercitiva produzindo os seus efeitos inibitórios. O prazo dado ao réu pode ser, muitas vezes, o espaço temporal que necessita para agravar a violação do direito ou mesmo consumá-la, frustrando-se por inteiro a eficácia da tutela jurisdicional inibitória.

Por essa razão, a fixação de prazo para cumprimento do preceito não deve ser considerada regra absoluta. Pelo contrário, deve ser utilizada com cautela pelo magistrado; que só deve fixá-lo quando vislumbrar a possibilidade de esta medida não afetar a plena eficácia da tutela jurisdicional concedida, de forma provisória ou definitiva.

Portanto, não constando da decisão qualquer referência a prazo para o cumprimento da ordem, nela não haverá nada de irregular. Não tendo sido estipulado prazo para atendimento do preceito judicial, o seu cumprimento deverá ser imediato; sendo obrigatório a partir do momento da intimação da decisão, podendo a multa incidir a partir desta data.

Não podemos deixar de considerar, entretanto, que a obrigação imposta ao réu pela liminar ou sentença pode ser complexa, praticamente impossível de ser realizada de imediato, hipótese em que a dilação de prazo mostra-se inarredável. Tomemos como exemplo uma fábrica que tem emitido gases poluentes em excesso no ar atmosférico, e que é obrigada a instalar filtros antipoluentes para que sua atividade pare de violar as normas ambientais. A instalação do filtro é atividade que pode demorar dias ou meses, sendo impossível uma tutela inibitória imediata, com a utilização isolada de medidas coercitivas.

O magistrado deve atter-se às circunstâncias fáticas que envolvem o cumprimento da decisão e considerar todos os atos e procedimentos que deverão ser realizados pelo réu para atingir-se o objetivo final, que é o cumprimento da ordem e atendimento do direito tutelado. Não fixar prazo para cumprimento ou fixá-lo em período insuficiente para o adequado ajustamento da conduta ao quanto determinado pela decisão judicial, é impor medida irrazoável, excessivamente onerosa e de cumprimento praticamente impossível, o que a tornará, certamente, ilegal.

Nestes casos, para que alcance a maior efetividade possível da tutela jurisdicional inibitória, o magistrado deve se utilizar também das medidas de apoio previstas no § 5.º do art. 461, com vistas a impedir a prática ou continuação da violação por outras vias, até que o réu adapte sua atividade àquilo que o ordenamento jurídico considere lícito.⁵⁵

a. 4) *Valor da multa cominatória* — A disciplina atual da multa cominatória, diferentemente daquela dada pelo CPC de 1939, não impõe limite ao seu valor.⁵⁶

Por estar completamente desvinculada de qualquer finalidade resarcitória, e por não guardar relação direta com o direito material objeto de tutela, a sua quantia não se submete ao valor da obrigação a ser adimplida, assim como também não se submete a qualquer convenção das partes.⁵⁷ Diante do caráter processual da multa, ela não se encontra na órbita de disponibilidade das partes,⁵⁸ e, por isso, nem mesmo pedido

55 Sobre a utilização das medidas executivas *lato sensu* previstas no § 5.º do art. 461, remetemos o leitor ao item 7.3 deste Capítulo, no qual o assunto é melhor tratado. *Revista de Direito de Família*, vol. 1, nº 1, p. 141, 1998.

56 Assim tem se manifestado o STJ, como se observa no R.Esp 141.559, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 17.03.1998, com a seguinte ementa: "Obrigação de fazer — Execução — Multa — Limite. Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença. Impossibilidade de cumprimento de que não se cogitou".

57 Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 199-201.

58 Eduardo Talamini, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi* do art. 461, § 3.º, do CPC, p. 157.

do autor indicando a quantia a ser arbitrada impõe ao juiz um limite valorativo.

É tendo-se em vista a finalidade coercitiva da multa cominatória que deve ser atribuído o seu montante. Isto significa dizer que o juiz deve levar em consideração, no arbitramento de seu valor, a possibilidade de a multa cominatória influir na vontade do réu, fazendo-o entender que melhor é cumprir o comando judicial do que manter-se recalcitrante.

Para tanto, a análise da capacidade econômica do réu é fundamental.⁵⁹⁻⁶⁰ Com esta, o valor arbitrado deve guardar estreita proporcionalidade, devendo sempre revelar-se significativamente oneroso para o obrigado. A verificação das possíveis vantagens que a parte obtém com a prática do ato a ser inibido também se mostra necessária, pois de nada adianta impor multa cominatória de valor inferior ao lucro obtido com a violação do direito, pois o interesse pelo lucro continuará a ser preponderante ao interesse pelo cumprimento da ordem judicial. Também a natureza da obrigação e a índole temporal do ato, se instantânea ou continuada, devem ser levadas em consideração.

Não observadas estas circunstâncias, a multa cominatória pode não surtir os efeitos inibitórios que procura. Nelson Nery Junior afirma, com toda razão, que o magistrado não deve ficar com receto de fixar a multa em valor muito elevado, pensando no pagamento, pois o objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas sim obrigá-lo a cumprir a ordem judicial. Por isso, a multa deve ser significativamente

59 Neste sentido, ver Carreira Alvim; *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, p. 115-116; Eduardo Talamini, ob. cit., p. 154; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 191-193; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 175-176.

60 Neste sentido, existe previsão expressa do Código de Processo Civil e Comercial argentino, em seu art. 37, última parte: "Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones cominatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação que lhe é imposta.⁶¹

É mais adequado que o valor arbitrado pelo juiz a título de multa cominatória esteja representado em moeda corrente nacional, para não só clarificar a sanção a que estará sujeito o réu no caso de não atendimento da ordem judicial, mas também para facilitar a execução dos valores devidos em virtude da incidência da multa. Não há a necessidade de se representar o valor da multa por algum parâmetro valorativo oficial — como, por exemplo, o salário mínimo — já que os valores devidos, quando executados, sofrerão a incidência da atualização monetária, ficando resguardados de eventual depreciação em razão do processo inflacionário.

a. 5) *Multa diária e multa fixa* — Apesar de o dispositivo legal que prevê a multa cominatória só se referir à multa diária, este não é o único caráter temporal que a mesma pode assumir.

A multa diária, ou seja, aquela multa incidente a cada dia de não cumprimento da ordem judicial é, de fato, a adequada para as hipóteses em que se estiver tratando de violações continuadas, que não se exauram em ato único, sejam elas violações de obrigações positivas ou negativas.

É que nestes casos, mesmo se não for atendido imediatamente o comando judicial, continua revelando-se possível a tutela inibitória do direito em relação ao comportamento futuro do réu, isto é, com relação à possibilidade da continuidade ou repetição da conduta ilícita. Por isso mesmo, deve continuar a incidir sobre o réu a coerção para o cumprimento, com a finalidade de impedir que este não mais continue ou repita a violação do direito do autor.

Mas se se tratar de violações instantâneas, que consumam a lesão do direito em um único ato, a aplicação diária da multa cominatória mostra-se absolutamente incompatível e inadequada.

É que se a finalidade da multa cominatória é coagir o réu a atender a ordem judicial, ela só tem cabimento enquanto se revelar possível esta mesma conduta do réu. De nada adianta continuar a coagir o réu a determinado comportamento, com vistas a se evitar a prática do ato, se este

61 *Código de Processo Civil comentado*, nota 15 ao art. 461 do CPC, p. 911.

já está consumado. Nesse caso, a multa cominatória nem mais teria a possibilidade de incidir concretamente, já que a violação da ordem judicial também não mais seria possível, posto que já realizada e em um único ato instantâneo.

Por essa razão, naqueles casos em que a violação é instantânea, só será compatível a imposição de multa fixa, ou seja, de multa incidente em um único momento de violação à ordem.⁶²

E justamente por incidir em um único momento, o valor da multa fixa será, em regra, mais elevado do que se fosse imposta multa diária. Na fixação de seu valor devem ser levados em consideração aqueles parâmetros indicados no item anterior, devendo englobar a quantia suficiente para desestimular o réu a praticar o ato antijurídico ameaçado.

b) Modificação e revogação da multa

b.1) *A possibilidade de modificação do valor da multa cominatória* — Como salientado no item a.4 *supra*, no arbitramento do valor da multa cominatória deve o magistrado levar em consideração determinadas circunstâncias que envolvem o litígio, tais como a capacidade econômica do réu, as vantagens que pode obter com a prática do ato inibido e a natureza e índole temporal da obrigação tutelanda.

Levando em conta o quadro fático que lhe é apresentado, o magistrado deve dar à multa cominatória um valor suficientemente oneroso à parte ré, para que esta se convença de que melhor é atender ao comando judicial do que violá-lo.

Pode ocorrer, no entanto, que a multa cominatória inicialmente fixada pelo juiz não surta os seus efeitos inibitórios, em razão de verificada recalcitrância do réu ao cumprimento da ordem. Abre-se, então, a possibilidade de o magistrado majorar, por decisão interlocutória, o valor dado inicialmente à multa, buscando com isso dar-lhe maior força coercitiva e alcançar a prestação do réu.

Da mesma forma, é possível a diminuição do valor da multa, se for verificado, por exemplo, o cumprimento parcial da ordem, ou que ela se tornou, por alguma razão, desnecessariamente excessiva.

62 Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 177.

O art. 461 do CPC nada dispunha, em sua redação dada pela Lei 8.952/1994, sobre a modificação do valor da multa. Apenas com a reforma do CPC promovida pela Lei 10.444/2002 é que se fez constar, em novo § 6.º deste artigo, que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verificque que se tornou insuficiente ou excessiva”.

De qualquer modo, a possibilidade dessa alteração deriva de sua natureza pública e processual, de sua função protetora da atividade jurisdicional. É seu caráter coercitivo que determina seja ela *seripre* adequada à situação fática sob litígio, permitindo que produza os efeitos inibitórios que procura. E é também o seu caráter coercitivo que determina seja ela aplicada na medida necessária e suficiente para atingir os seus objetivos, razão pela qual pode e deve ser diminuída quando se mostrar irrazoavelmente exagerada, em respeito à pessoa do devedor.

A modificação do valor da multa deve estar suficientemente fundamentada na modificação da situação fática que a enseja,⁶³ e a verificação de sua insuficiência ou excessividade assim pode ser considerada.⁶⁴

Como soa claro da dicação do § 6.º do art. 461, a decisão que modifica o valor da multa cominatória, bem como a que a fixa, independe de pedido da parte interessada e pode ser proferida em qualquer momento por meio de decisão interlocutória, ou mesmo na sentença.

b.2) *Modificação do valor após o trânsito em julgado* — Nem mesmo o trânsito em julgado da decisão que tenha fixado a multa cominatória em determinado valor impede a sua posterior modificação, na fase de execução do julgado.

Ocorrendo alteração na situação fática sobre a qual se embasou a decisão, o valor da multa poderá ser alterado, independentemente de provocação da parte interessada, para que melhor se adapte ao novo contexto do litígio e para que melhor surta os seus efeitos inibitórios.

63 Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 196; Eduardo Talamini, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3.º, do CPC*, p. 154.

64 Thereza Alvim, *A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil*, p. 110.

Não ocorre aqui violação à coisa julgada, mas apenas e mais uma vez, adequação do *decisum* à situação fática atual. Isto é possível em virtude da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* de que se reveste a decisão na parte que fixa o valor da multa diária.⁶⁵

O que se tem é aplicação do preceito inscrito no art. 471, I, do CPC, que estabelece a possibilidade de o juiz proferir, quando se tratar de relações jurídicas continuativas, *outra decisão* sobre tema já decidido — no caso, o valor da multa cominatória para o caso de descumprimento da ordem judicial em vigor — *desde que tenha sobrevivido alteração na situação fática ou jurídica*.

Na tutela inibitória, a relação jurídica continuativa é, justamente, a evolução do cumprimento da ordem judicial, na fase executiva. Havendo alteração nesta situação fática, deverá haver, por consequência, *outra decisão a respeito da multa*, seja para majorar o seu valor, seja para diminuir-lo, ou mesmo para revogá-la.

Ademais, sendo a decisão inibitória mandamental e/ou executiva *lato sensu*, a modificação dos valores da multa na fase executiva encontra expresso amparo legal no § 6.º do art. 461.

Esclareça-se, entretanto, que *não pode o magistrado pretender modificar o valor de multas que já incidiram no passado*. A modificação do valor da multa somente poderá produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas para as violações posteriores à alteração. Para os descumprimentos anteriores à modificação do valor da multa prevalecerá, sempre, o valor então vigente à época do descumprimento, seja ele maior ou menor que o valor fixado com a alteração. Ou seja, *a modificação do valor da multa permitida pelo § 6.º do art. 461 refere-se à multa a incidir, e não àquela que já incidiu*.

Assim é pelo fato de que o dispositivo em questão tem por objetivo adequar o efeito coercitivo da multa, isto é, permitir que a sua vigência e imposição ao réu permita o alcance do cumprimento específico da obrigação. Visa, portanto, os atos futuros que poderão ser praticados pelo obrigado, não guardando qualquer relação com os fatos já ocorridos e,

65 Nelson Nery Junior, *Código de Processo Civil comentado*, nota 12 ao art. 461, p. 911; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 195-196; Thereza Alvim, A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil, p. 110.

muito menos, com o valor acumulado das multas que já incidiram, por força de descumprimentos já caracterizados.

Ademais, a partir do momento em que há o descumprimento da ordem judicial e a consequente incidência da multa, esta já passa a ser devida pelo devedor, *incorporando-se ao patrimônio do credor*. Tanto assim é que, caso queira, pode o credor, desde o descumprimento, executá-la. Também, pode o devedor efetuar o pagamento ao credor e este recebê-lo, sem que exista qualquer possibilidade de discussão da existência da relação jurídica crédito-débito.

A partir do momento em que a decisão impositiva da multa transitada em julgado e que existe a desobediência à ordem judicial, esta incorporação passa a ser *definitiva*, não mais podendo ser revertida, cabendo ao devedor apenas o seu pagamento, amigável ou via execução forçada.

A alteração do valor da multa diária de forma retroativa, afetando aqueles valores já transformados em créditos do autor, por força da desobediência à ordem judicial, importa em ofensa ao *direito adquirido*, constitucionalmente protegido pelo art. 5.º, XXXVI, da CF.

De igual modo, pretender-se modificar o valor de multas que já incidiram e que foram fixadas por anterior decisão judicial nos parece violar, também, o disposto no art. 471 do CPC, que estabelece que nenhum juiz decidirá questões já decididas no processo, salvo havendo modificação do estado de fato ou de direito.

Como já observamos, a autorização de alteração do valor da multa, para mais ou para menos, decorre da superveniência de nova situação fática ou jurídica, de modo que a decisão anterior não mais se adapta à nova realidade. Por isso, a lei autoriza a prolação de *nova decisão*, voltada para tutelar a *nova situação litigiosa*.

Com relação à situação fática anterior, ela foi tratada pela decisão anterior, que deve ter levado em conta as circunstâncias presentes na época da sua prolação. Esta decisão, depois de transitada em julgado, é imutável, por força de preclusão *pro judicato*.

Para a anterior situação x, foi proferida a decisão y, que terá vigência enquanto as circunstâncias fáticas e jurídicas permanecerem as mesmas. Para a nova situação y, pode ser proferida a nova decisão z. Acaso se

tenha uma nova decisão y para a anterior situação x, ter-se-á, certamente, decisão sobre questão já decidida no processo, vedada ao juiz pelo art. 471, *caput*, do CPC.

É isto que ocorreria acaso o magistrado pretendesse alterar o valor da multa, com efeitos retroativos aos descumprimentos já ocorridos antes da nova decisão. Ter-se-ia fixação de nova decisão para que incidisse sobre situação fática e jurídica já decidida anteriormente; o que, a rigor, não se admite.

Ademais, considerando-se que a natureza da decisão que impõe a multa e fixa o seu valor é a de decisão condenatória para o futuro, como já ressaltado no item 7.3.1.2. *supra*, a nova condenação, em valor diverso daquele anteriormente fixado, só poderá produzir efeitos, a toda evidência, para os descumprimentos que ocorrerem a partir de sua prolação, e nunc para as violações à ordem judicial já perpetradas pelo réu.

b.3) *Revogação da multa cominatória* — Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC também não tratam da possibilidade de revogação da multa cominatória. No entanto, a análise de sua natureza e regime não permite outra conclusão, senão a afirmativa.

Foi observado anteriormente que a natureza coercitiva da multa cominatória impõe dois limites à sua aplicação: o primeiro consiste na verificação da sua real aptidão de pressionar a vontade do réu, com o fim de fazê-lo atender o comando jurisdicional, e o segundo que resulta da verificação da possibilidade prática de a tutela específica ser alcançada com a sua imposição.

Esses limites devem ser observados não só no momento de sua fixação, mas sobretudo no momento de sua incidência, porque a aplicação da multa cominatória só se legitima quando existe a possibilidade de uso da coerção alcançar a satisfação da tutela inibitória.

Por essa razão, se no transcorrer do processo o magistrado verificar que a multa anteriormente fixada não é mais instrumento hábil para se alcançar a tutela inibitória pleiteada, deve revogá-la, pois sua incidência deixa de possuir a causa que lhe dá sustentação.

A inviabilidade da manutenção da multa cominatória pode se revelar, por exemplo, diante da constatação de estado de insolvência

do réu, que pode até mesmo ser ocasionado pela sua própria incidência.⁶⁶ Por ser medida coercitiva que afeta seu patrimônio, a parte deve dispor de patrimônio suficiente para responder pelas dívidas oriundas da incidência da multa cominatória. Se passa a não dispor de patrimônio bastante, a multa cominatória também não terá qualquer poder coercitivo sobre o réu, pela simples impossibilidade de ser cobrada posteriormente.

Também a consumação definitiva da violação do direito é razão para revogação da multa cominatória. Sendo sua finalidade fazer com que o réu atenda o comando judicial, e não mais pratique futuramente os atos violadores do direito alheio, a consumação definitiva destes tolhe por completo sua função processual. Não havendo mais ato a ser coagido, não sendo mais possível o seu cumprimento, não há mais razão que justifique a incidência da multa cominatória.⁶⁷

Deve ser considerado que a ocorrência dessa última hipótese deve ser evitada ao máximo pelo juiz, pela simples razão de que ela representará a absoluta ineficácia da tutela inibitória concedida ao autor. Representará denegação da tutela jurisdicional qualificada que é garantida pelo art. 5.º, XXXV, da CF.

Antes que tal fato ocorra, deve o magistrado, agindo *ex officio* ou após provocação da parte interessada, utilizar-se das medidas inominadas previstas no § 5.º do art. 461, e conceder ao autor resultado prático equivalente ao adimplemento do réu, garantindo que a tutela jurisdicional pleiteada produzirá os efeitos devidos.

Uma vez satisfeito o direito do autor, seja pela produção de resultado prático equivalente obtido com o do uso de medidas inominadas, seja pelo ato do réu que cumpre o preceito jurisdicional, a utilização das medidas coercitivas perderá igualmente sua razão de ser, impondo sua revogação.

Assim, poderá o magistrado, *ex officio*, revogar a imposição de multa diária, sempre que a alteração da situação fática demonstrar que este meio

⁶⁶ STJ, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido no julgamento do REsp 123.645/BA, DJU 10.12.1998.

⁶⁷ João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 397.

coercitivo não é mais necessário ou se tornou inadequado para a tutela do direito do autor. Esta revogação poderá se dar por simples decisão interlocutória lançada nos autos.

Tendo sido fixada em decisão antecipatória de tutela, a multa poderá ser revogada, de igual modo, pelo provimento de recurso de agravo de instrumento eventualmente interposto ou pela sentença de improcedência, que revogue a própria tutela antecipada anteriormente concedida.

Necessário é ressaltar que a revogação da multa cominatória, em sendo ato jurisdicional de efeitos constitutivos negativos, não elide a sanção oriunda do desrespeito à ordem judicial até então perpetrada. Ou seja, a revogação da multa pecuniária não retroage, de forma que o réu recalcitrante continua obrigado a pagar os valores referentes à multa que incidiu até a data de sua revogação.

c) Exigibilidade e cobrança da multa

c.1) Momento de incidência e de exigibilidade — Como já revelado anteriormente, a imposição de multa cominatória tem por função precípua resguardar a efetividade do processo. É instrumento de direito público, que busca realçar o *imperium* da ordem judicial expedida contra o réu e o revigoramento do dever do mesmo em atendê-la fielmente.

Por essa razão é que a multa cominatória tem eficácia a partir do momento em que o cumprimento do comando judicial, ao qual se relaciona, passa a ser devido. Em regra, este momento é o da intimação da medida liminar ou da sentença de procedência não submetida ao efeito suspensivo da apelação.

É possível, no entanto, que o dever de cumprimento da ordem judicial não coincida com a intimação da mesma. É que o § 4.º do art. 461 permite ao juiz fixar prazo razoável para o cumprimento do preceito, quando então a pena pecuniária só ganha eficácia após transcorrido o lapso temporal determinado.

Em todo caso, os valores da multa passam a ser devidos desde o momento em que for constatado o não cumprimento do preceito judicial pelo réu, podendo, desde logo, ser cobrados judicialmente, em exe-

ção definitiva, sem que haja a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da eventual sentença de procedência.⁶⁸

É bem verdade que o art. 461 do CPC e o art. 84 do CDC silenciam sobre o momento a partir do qual pode ser cobrada a multa. E neste ponto, nossa posição não encontra amparo na doutrina majoritária sobre o tema. Com efeito, afirma-se que a multa, apesar de incidir a partir do momento em que a ordem judicial — liminar ou definitiva — for violada, só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão de mérito de procedência. É esta, aliás, a disposição do art. 12, § 2.º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), aplicável a todas as ações coletivas, e do art. 213, § 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Arruda Alvim justifica este posicionamento no fato de não se poder descartar a possibilidade de o réu ser vencedor na demanda, e de que a eventual decisão de improcedência não pode deixar de ter a multa como não devida.⁶⁹

Carlyle Pop também assim entende, chegando a afirmar que tal regra decorre da aplicação do art. 12, § 2.º, da Lei 7.347/1985, fazendo-nos crer que entende ser este dispositivo de lei especial aplicável a todos os casos.⁷⁰

Eduardo Talamini adota posição que nos parece ser um pouco mais liberal. Afirma que o valor da multa é exigível a partir da eficácia da ordem judicial, mas que a execução deve ser provisória, tendo-se em vista a provisoriedade da decisão judicial que a impôs.⁷¹

Não podemos compartilhar desses entendimentos doutrinários, e não podemos elogiar a disciplina dada, neste ponto, pelas leis acima cita-

68 Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 367; William Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 186.

69 Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 158; Luiz G. Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 182.

70 *Execução de obrigação de fazer*, p. 128.

71 Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3.º, do CPC. *Aspectos polêmicos e atuais da antecipação de tutela*, p. 158-159.

das. Primeiro, porque não se pode confundir a situação jurídica de direito material discutida no processo e os deveres das partes como sujeitos do processo.

Em virtude de seu caráter processual, o que autoriza a exigibilidade da multa pecuniária é a violação da ordem judicial, e o desrespeito do réu ao poder jurisdicional. O seu "fato gerador" considera apenas e tão-somente a relação jurídica existente entre parte e juiz, o dever daquela em atender as ordens deste, enquanto forem eficazes.

A exigibilidade da multa pecuniária não recebe nenhuma influência da relação jurídica de direito material.⁷² É preciso ter bem claro que o que autoriza a incidência da multa é a violação da ordem do juiz, e a violação de uma obrigação processual, e não da obrigação de direito material que o réu pode possuir perante o autor.

Assim sendo, se o réu não atender à decisão eficaz do juiz, estará desrespeitando a sua autoridade, ficando submetido ao pagamento da multa pecuniária arbitrada, independentemente do resultado definitivo da demanda. Em sendo a decisão que impôs a multa cominatória posteriormente revogada, seja por sentença ou por acórdão, ou mesmo por outra decisão interlocutória, em nada restará influenciado aquele dever que havia sido anteriormente imposto ao réu.⁷³ As ordens judiciais devem ser obedecidas durante o período em que são vigentes, e as partes que não as obedecerem estarão sujeitas às sanções cominadas.⁷⁴

Deve ainda ser considerado que estas decisões que revogam outras anteriores possuem natureza constitutiva negativa, com relação à decisão

72 Neste sentido, Marcelo Lima Guerra, que afirma expressamente não ter a multa diária "qualquer ligação direta com o direito substancial para o qual se pede a tutela executiva", *Execução indireta*, p. 207.

73 José Roberto dos Santos Bédague, expondo enténdimento em sentido semelhante, afirma que "embora inexistente a tutela final, a multa está vinculada ao provimento antecipatório e pode ser exigida desde logo, pois decorre objetivamente do não atendimento ao comando nele contido", *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 367. Neste sentido, também Sérgio Cruz Arenhart, *Tutela inibitória da vida privada*, p. 201-203.

74 Jorge de Oliveira Vargas, A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível, *Genesis - Revista de Direito Processual Civil* 3, p. 799, em citação de decisão da Suprema Corte americana.

revogada.⁷⁵ Seja pelo acórdão que rescinde, ou modifica as decisões de 1.º grau, seja pela própria sentença de improcedência ou decisão interlocutória que revoga a imposição da multa, desconstitui-se um ato jurídico (a decisão judicial) que até então produzia efeitos, e que, portanto, impunha, até o momento da desconstituição, um dever de cumprimento obrigatório ao réu.

Pelo fato de decisões dessa natureza possuírem eficácia *ex nunc*, ou seja, por não retroagirem, não podem elidir o estado de ilegalidade em que se pôs o réu que transgrediu preceito judicial proferido anteriormente e que era até então eficaz. A ordem judicial terá sido sempre violada, e a multa sempre será devida, mesmo diante da posterior improcedência do pedido do autor.

A posição contrária só poderia ser admitida acaso o fato gerador da incidência da multa fosse a violação da obrigação de direito material que o réu poderia ter com o autor. Nessa hipótese, a decisão definitiva que viesse a concluir pela improcedência do pedido realmente afetaria a exigibilidade da multa, dado que, com relação ao direito discutido no processo, a decisão tem natureza declaratória, possuindo, neste ponto, eficácia *ex tunc*. Dessa forma, a retroatividade da decisão de improcedência atestaria que não havia obrigação de direito material a ser violada, afastando a incidência da multa.

No entanto, não é o que ocorre. A constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor é irrelevante para a exigibilidade de multa pecuniária, justamente porque esta não leva em consideração eventual violação da obrigação de direito material, mas de uma obrigação processual, de todo independente daquela.

A segunda ordem de considerações que também nos faz pensar ser desnecessário o trânsito em julgado da decisão de procedência leva em conta que não se pode deixar de ter em vista que a multa cominatória é medida coercitiva, destinada a dar maior efetividade ao processo. Por isso, ela realmente deve dispor de poder de coerção, que influencie o réu a cumprir imediatamente o que o juiz determina. Para tanto, seu poder

75 Neste sentido, mas especificamente com relação às decisões proferidas pelos tribunais, v. Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*, p. 232.

coercitivo deve ser atual e certo, para que o réu se conscientize que de seu ato transgressor realmente advirão determinadas consequências, e em espaço breve de tempo.

Uma vez se admitindo que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão de procedência, dá-se à multa cominatória um poder de coerção debilitado, que não será atual e certo, mas sim futuro e incerto.

Ciente de que a pena pecuniária a que estará submetido só poderá ser cobrada após o longo período de tramitação do processo, e apenas se a decisão definitiva for de procedência, o réu pode entender ser mais vantajoso descumprir agora o preceito judicial e disso tirar lucros e proveitos certos e atuais, e assumir o *risco* de posteriormente ser obrigado a pagar a multa determinada.⁷⁶

Por essa razão, entendemos ser absolutamente dispensável o trânsito em julgado da decisão de procedência para poder se exigir judicialmente a multa cominatória, devendo ser, também por essa razão, afastado o caráter de provisoriedade dado à execução dos valores da multa.

Os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõem de forma diversa, autorizando a cobrança dos valores da multa apenas após o trânsito em julgado da decisão de procedência, devem ser interpretados restritivamente e considerados exceções que confirmam a regra, justamente porque vão de encontro à natureza desse instituto processual.

Além dessas razões, também não se pode dar a eles aplicação extensiva porque estão disciplinados em leis especiais, que não podem se sobrepôr às normas gerais (Código de Processo Civil) para limitar o alcance e efetividade de seus preceitos.⁷⁷

Porém, é forçoso concluir que, em razão da interação da LACP (Lei da Ação Civil Pública) com a parte do CDC que disciplina as ações coletivas, determinada pelos arts. 21 da LACP e 90 do CDC, a cobrança

76 Em sentido análogo, Barbosa Moreira, A tutela específica do credor nas obrigações negativas, *Revista Brasileira de Direito Processual* 20, p. 73.

77 Neste sentido, Carreira Alvim, *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, p. 120.

dos valores devidos em razão da incidência da multa cominatória imposta em ação coletiva só será possível após o trânsito em julgado da decisão de procedência.

c.2) *Ação adequada para cobrança* — No que diz respeito à cobrança judicial dos valores devidos em virtude da incidência da multa pecuniária, é pacífico em doutrina e jurisprudência que o meio adequado é a execução por quantia certa, fundada em título executivo judicial, regulada pelo art. 475-J e ss. do CPC.⁷⁸

É dispensável a prévia liquidação dos valores arbitrados a título de multa, pois um simples cálculo aritmético que multiplique os dias de não atendimento à ordem pelo valor cominado pelo juiz pode aferir com suficiente precisão o valor a ser executado.

Nestas circunstâncias, o crédito decorrente da aplicação da multa atende aos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade impostos pelo art. 586 do CPC, abrindo as vias do procedimento executivo. A certeza advém da ausência de dúvida quanto ao conteúdo da prestação devida; a exigibilidade coincide com a eficácia da multa imposta pelo juiz e a desobediência do réu à ordem contra ele emitida; e a liquidez decorre dos valores atribuídos pelo juiz à multa imposta, cuja totalidade é facilmente determinada por simples cálculos aritméticos.⁷⁹

c.3) *A titularidade do crédito decorrente da multa* — Questão que se revela importante analisar é a concernente à titularidade do crédito decorrente da multa, que possui direta influência na legitimidade ativa de sua execução.

Tanto o Código de Processo Civil quanto as demais leis especiais que prevêem a aplicação de multa cominatória para o caso de descumprimento da ordem judicial são silentes a esse respeito. Mesmo assim, doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em afirmar que

78 Entre outros, ver Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3.º, do CPC, p. 159; Marcellio Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 205.

79 Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 213. Este autor ainda afasta a necessidade de se proceder à liquidação da sentença, já que a única forma de liquidação que seria cabível seria a liquidação por cálculo, extinta pela Lei 8.898/1994.

cabem ao autor da demanda os valores resultantes da aplicação da multa cominatória.

O fundamento desta posição é encontrado no § 2.º do art. 461 do CPC, o qual disciplina que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa. Em outras palavras, esse artigo determina que ao autor compete pleitear as perdas e danos cumulados, se for o caso, com os valores decorrentes da aplicação da multa cominatória.⁸⁰

Apesar disso, endossamos o coro daqueles juristas que reconhecem não ser esta a solução mais justa e adequada à questão.

Com efeito, ao se reconhecer na imposição da multa cominatória uma medida de direito público, de caráter processual, destinada a assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar justificativa lógica para ter o autor da ação direito a receber a importância decorrente da aplicação da multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.

Barbosa Moreira, em estudo anterior à reforma do CPC, já critica — va este ponto da disciplina das multas diárias, afirmando que “já que ela [a multa cominatória] não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto de sua aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos”.⁸¹

Mesmo no direito francês, no qual existe expressa previsão legal destinando os valores da multa cominatória ao autor da demanda, tal disciplina não é isenta de críticas. Argumenta-se que tal procedimento, se não poder ser caracterizado como enriquecimento ilícito ou sem causa, configura-se, ao menos, como um enriquecimento injusto do autor.⁸²

80 Neste sentido, cf. Sérgio Bermudes, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 53; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 178; Carreira Alvim, *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, p. 121-122.

81 O processo civil brasileiro: uma apresentação, *Temas de direito processual*, p. 14. (5.ª série.)

82 François Chabas, *Astreinte*, apud Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 122-123.

Realmente, tal solução possui o grave inconveniente de atribuir ao autor da demanda o direito de receber uma quantia em dinheiro que não deriva da relação jurídica que possui com a parte ré, e que não é aquela correspondente às perdas e danos a que eventualmente pode fazer jus. É dada uma vantagem pecuniária ao autor, em detrimento do réu, sem que para isso se tenha um respaldo lógico-jurídico suficientemente justificador.

Entretanto, acreditamos que a solução dada é a que melhor dá eficácia ao instrumento coercitivo disponibilizado, sendo justificada por razões pragmáticas.

Com efeito, e como bem coloca Eduardo Talamini em excelente trabalho sobre a tutela específica prevista no art. 461 do CPC, a pressão psicológica que a multa exercerá sobre o réu será tanto maior quanto for a possibilidade de que o crédito dela derivado seja rápida e rigorosamente executado, não existindo melhor garantia para que isto ocorra do que colocando nas mãos da parte que tem interesse imediato no atendimento da ordem judicial o direito ao crédito e a legitimidade para executá-lo.⁸³

7.3.2 A multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição

Visando reforçar a ética no processo e acentuar a obediência aos deveres de lealdade e probidade pelas partes e por quaisquer outras pessoas que intervenham na atividade jurisdicional, o legislador, coninuando a reforma do Código de Processo Civil, alterou, por intermédio da Lei 10.358, de 27.12.2001, a redação do art. 14 do CPC.

Além de explicitar e ratificar, no novo inciso V desse artigo, o dever de atendimento e cumprimento das ordens judiciais — já expresso anteriormente no art. 340, II, do CPC —, estabeleceu sanção punitiva para aquele que violar a obrigação processual. No novo parágrafo único do art. 14 está disposto que se caracteriza “ato atentatório ao exercício da jurisdição” a criação de embaraços à efetivação das ordens judiciais ou o seu não cumprimento com exatidão, independentemente de serem decisões antecipatórias ou finais, ficando o responsável sujeito ao pagamento de multa de até 20% do valor da causa.

83 *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 258.

Na exposição de motivos do Anteprojeto, a função precípua desta multa, da qual se pode perceber sua natureza jurídica, está bem clara: repressão ao *contempt of court*, na linguagem do direito anglo-saxão.

Diferentemente do que se passa com a multa diária prevista no § 4.º do art. 461, analisada nas linhas antecedentes, a multa prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC representa uma sanção que deve ser aplicada quando já tiver ocorrido o desrespeito à ordem judicial, ou na terminologia empregada pelo legislador, sempre que ficar caracterizada a prática de *ato atentatório ao exercício da jurisdição*.

É nítida, portanto, a sua natureza punitiva.⁸⁴ Em contraposição à sanção preventiva — representada pela multa cível, que atua antes que a violação ameaçada se verifique, visando evitar a sua consumação, a sanção punitiva do parágrafo único do art. 14 atua quando a violação já ocorreu, tendo a finalidade de impor pena ao responsável pelo descumprimento à ordem ou pelo embaraço ao seu fiel atendimento.

Justamente pelo fato de possuírem natureza jurídica e função processual distintas — prevenção e repressão, intimidação e punição — é que a multa diária (art. 461, § 4.º) e a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição podem ser utilizadas cumulativamente pelo magistrado, como bem fica evidenciado nos próprios termos do parágrafo único do art. 14, quando se dispõe que o magistrado, *sem prejuízo de outras sanções criminais, cíveis e processuais cabíveis*, pode aplicar a multa ali prevista.

Não há como negar, porém, que a possibilidade de ser imposta pesada multa por desrespeito à ordem judicial — cumulada ou não com a multa diária —, também representa fator de desestímulo ao réu da prática do ato inibido. Assim como ocorre com as sanções criminais, a possibilidade de aplicação de pena em decorrência da prática do ato proibido influencia psicologicamente o destinatário da ordem a atendê-la, reforçando a coerção ao cumprimento da decisão inibitória.

A imposição da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, que independe de pedido da parte contrária, pode ser feita a qualquer momento pelo magistrado ou mesmo pelo Tribunal, depois de verificada a desobediência ao provimento irrandamental.

84 Neste sentido, José Rogério de Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, p. 28.

Acaso o descumprimento ou o embaraço tenha sido em face de decisão interlocutória do magistrado de 1.º grau ou do relator do recurso, a multa deverá ser por ele mesmo imposta, por meio de outra decisão interlocutória, ou por ocasião da sentença ou acórdão. Como entendemos que a apelação na ação inibitória possui apenas efeito devolutivo, sendo processada em 1.º grau a atuação da ordem enquanto não apreciada do recurso da sentença pelo Tribunal, é também o próprio magistrado, em decisão interlocutória posterior à sentença, que deverá impor a multa por desrespeito à ordem por si proferida. É que, como já explicitado anteriormente, a atividade do juiz de 1.º grau que julga procedente uma ação inibitória não se encerra com a sentença, tendo a relação jurídica processual continuidade tendente à satisfação do provimento.⁸⁵

O valor da multa dependerá da avaliação a ser realizada pelo magistrado sobre a gravidade da conduta do responsável. Esta gravidade está intimamente ligada com a eficácia da decisão. Isto é, acaso a desobediência ou embaraço tenha tornado impossível o atendimento posterior da ordem, em tempo hábil e de forma suficiente para satisfazer o direito nela reconhecido, o ato atentatório ao exercício da jurisdição terá tido uma maior gravidade do que aquele que ainda permite a realização eficaz da decisão e a tutela do direito por ela protegido.⁸⁶

Assim, oscilando entre uma gravidade mínima e máxima, o valor a ser imposto como multa pelo ato atentatório poderá variar entre 1 e 20% do valor da causa, sendo este o teto máximo fixado pelo legislador para as condutas de maior gravidade.

É importante frisar que, diferentemente do que ocorre com a multa diária, a multa de que ora se trata não é progressiva, isto é, não tem os seus valores cumulados dia a dia pela desobediência contínua.

O ato atentatório ao exercício da jurisdição pode ser um único ato isolado, ou consistir em atos contínuos ou repetidos, mas a multa será uma só para a desobediência ou embaraço caracterizado em face de de-

85 Ver Capítulo 5, item 5.1.2.1.

86 Neste sentido é a opinião de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 30-31.

terminada ordem judicial, significando isto que os valores fixados pelo juiz ao impor a multa do parágrafo único do art. 14 não se multiplicarão pelas vezes que a desobediência a esta mesma ordem for praticada.

Ao impor a multa, deverá o magistrado fixar o prazo para seu pagamento, prazo este que só começará a correr após o trânsito em julgado da decisão, seja ela de procedência ou de improcedência. Aqui, do mesmo modo que ocorre com a multa diária, o resultado da demanda é diferente para a efetiva aplicação da multa, já que ela está relacionada não ao direito material discutido no processo, mas aos deveres processuais que as partes possuem perante o órgão jurisdicional, independentemente de terem ou não razão em suas alegações. Não paga a multa no prazo fixado pelo magistrado, ela será inscrita como dívida ativa da União, Estados ou Distrito Federal, dependendo do órgão que a proferiu.

Diante desta disposição, poderia se pensar, como faz José Rogério Cruz e Tucci,⁸⁷ que a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição seria inócua ou inaplicável ao Poder Público, considerando-se a possibilidade de sua inexigibilidade diante da confusão (art. 381 do CC).

Entretanto, isto não ocorre porque o responsável pelo pagamento da multa não será a pessoa jurídica de direito público ou privado que pode ser, processualmente, destinatária da ordem. O responsável pelo pagamento da multa será sempre a pessoa física que criou o embaraço ao seu atendimento ou não cumpriu fielmente a ordem recebida, mesmo que o faça em nome de pessoa jurídica.

Assim, no caso de descumprimento de ordem judicial por agente administrativo, este será pessoalmente responsabilizado pelo pagamento da multa, sendo o seu patrimônio, e não o da pessoa jurídica de direito público, o afetado pela execução do crédito dela decorrente.⁸⁸

O caput do art. 14, cuja redação foi alterada pela reforma, é bem claro ao dispor que não só as partes, mas *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*, estão sujeitos à imposição da multa. Portanto, mesmo se a pessoa que criou o embaraço ou que não atendeu a ordem do

87 *Delimitamentos da nova reforma do CPC*, p. 29.

88 Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 30.

magistrado não era parte no processo, no sentido técnico da expressão, ainda assim a multa poderá ser imposta, respondendo o responsável pelas consequências negativas da prática do ato atentatório ao exercício da jurisdição.

Embora a lei não exija, entendemos ser recomendável que o magistrado faça constar do mandado dirigido ao terceiro responsável pelo atendimento da ordem a advertência de que, o seu descumprimento poderá caracterizar ato atentatório ao exercício da jurisdição, apenado com multa de até 20% do valor da causa. É que, não sendo parte, não estando envolvido no litígio, o terceiro, muitas vezes juridicamente leigo, pode desconhecer as consequências negativas da desobediência, do embaraço ou mesmo do descumprimento à ordem judicial. Para que não sofra pena, muitas vezes grave, sem conhecer previamente a razão, mostra-se interessante a advertência constante do mandado, que é de todo desnecessária quando dirigida à parte.

A imposição da multa é ato proferido pelo juiz, diante da caracterização do desrespeito à sua ordem, sem prévia oitiva do responsável pela conduta ilícita. Isto não caracteriza, entretanto, decisão proferida com desrespeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

O contraditório e a ampla defesa sobre o ato atentatório ao exercício da jurisdição poderão ser adequadamente concretizados pelas vias recursais,⁸⁹ seja pela parte ou pelo terceiro responsável pelo atendimento da ordem; que neste caso terá legitimidade e interesse recursal identificados ao do depositário judicial, do leiloeiro ou do perito nomeado pelo juiz.⁹⁰

Sendo a multa imposta na sentença, o recurso apropriado será, evidentemente, o de apelação. Sendo fixada através de decisão interlocutória, acreditamos que a via adequada seja a do recurso de agravo de instrumento.

89 Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 36; José Rogério Cruz e Tucci, *Delimitamentos da nova reforma do CPC*, p. 29.

90 Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 38; José Rogério Cruz e Tucci, *Delimitamentos da nova reforma do CPC*, p. 29-30.

Discordamos, portanto, neste aspecto, da posição de Luiz Rodrigues Wambier e de Teresa Arruda Alvim Wambier quando sustentam que "deverá o responsável fazer uso do recurso de agravo, sob a forma retida, visando que não se crie, com esse recurso, novo embaraço ao andamento do processo". Os ilustres juristas sustentam essa posição sob a afirmação de que o responsável não sofrerá nenhum prejuízo com o regime de retenção do agravo, já que a multa somente será inscrita na dívida ativa depois do trânsito em julgado.⁹¹

Ocorre que, para a apreciação do agravo retido, se depende do ajuizamento de recurso de apelação, em que ele é apreciado preliminarmente. Assim, a apreciação da decisão que impôs a multa ficará sempre dependente da existência de um recurso de apelação, que pode eventualmente não ser interposto.

Digamos que a multa é imposta, por meio de decisão interlocutória, à pessoa que não é parte no processo, mas que criou embaraço ao cumprimento da ordem, decisão aquela objeto de agravo retido. Proferrida a sentença, nenhuma das partes oferece apelação, transitando em julgado a decisão. Nesta situação, o recurso de agravo retido, que era o meio de defesa do terceiro da decisão que lhe impôs a multa, não será apreciado, ficando o seu contraditório e ampla defesa sufragados pela inércia das partes do processo.

Outra situação inadmissível criada pelo regime de retenção do agravo, nesta hipótese, é aquela em que o réu apenado pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição é vitorioso, diante do julgamento de improcedência dos pedidos. Neste caso, o conhecimento do agravo retido por ele apresentado anteriormente dependeria exclusivamente de recurso de apelação do autor, que pode não ser interposto, já que o réu não teria qualquer interesse recursal para recorrer da sentença que lhe foi favorável.

Mais uma vez, teríamos o exercício do direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, referente à decisão impositiva da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, dependente de ato de pes-

91 Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 39.

soa diferente daquela que sofreu a sanção, condicionamento este certamente inadmissível.

Ademais, cremos que o ajuizamento do recurso de agravo de instrumento, e não sob a forma retida, não cria qualquer embaraço à atividade judicial em desenvolvimento. Pelo contrário, por ser o recurso apresentado diretamente no Tribunal, formando autos apartados para a sua apreciação, em nada atrapalha o andamento do processo no juízo *a quo*.⁹²

Por fim, para garantir o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, acaso as alegações formuladas no recurso dependam da produção de provas, o relator deverá converter o julgamento em diligência, baixando os autos para o juízo de origem para que ali sejam produzidas as provas necessárias, utilizando-se, para tanto, do disposto nos arts. 492 e 560, parágrafo único, do CPC, que tratam de situação análoga.

7.3.3 A desobediência à ordem judicial e a sanção penal prevista no art. 330 do CP: a prisão como medida coercitiva

O ordenamento jurídico penal, antes de possuir uma finalidade punitiva, de aplicação de pena ao criminoso, possui uma finalidade preventiva. Através da cominação de sanções de caráter penal, para o comportamento tipificado como crime, visa o legislador atingir o sentimento de temor ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida.⁹³

A tipificação de uma determinada conduta como ato criminoso, e a previsão de reprimenda que atinge a liberdade pessoal do agente, influenciam a vontade do indivíduo, intimidando-o a se comportar de forma contrária ao desejado pelo ordenamento jurídico.

É sob esse prisma que se diz ser a ameaça de prisão para o caso de violação da ordem judicial uma medida coercitiva, passível de utilização pelo magistrado, com o fim de obter o atendimento à decisão inibitória por ele proferida.⁹⁴

92. Esta é também a opinião de José Rogério Cruz e Tucci, *Delimitamentos da nova reforma do CPC*, p. 30.

93. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 3.

94. Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, p. 592; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale*, p. 178; Barbosa Moreira, *A tu-*

No caso, a conduta delituosa está tipificada como crime de desobediência no art. 330 do CP, que reza o seguinte: "Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa".

É bem verdade que respeitáveis juristas manifestaram-se no sentido de que a desobediência à ordem judicial não poderia ensejar a aplicação da pena, vez que a expressão "funcionário público" a que se refere o artigo deveria ser entendida na forma conceituada pelo direito administrativo, aplicando-se, portanto, somente às autoridades do Poder Executivo, e não às autoridades judiciárias ou integrantes do Poder Legislativo.⁹⁵⁻⁹⁶

Entretanto, prevalece o entendimento, tanto em doutrina como em jurisprudência, de que *funcionário público*, para o Código Penal, e para efeitos de aplicação do art. 330 do CP, é "tanto o Presidente da República, do Congresso, ou do Supremo Tribunal, como o contínuo da repartição".⁹⁷ Isso porque é a autoridade do Estado, expressa por seus Três Poderes, o bem jurídico diretamente tutelado pela norma penal em referência.

Assim, uma vez descumprida a ordem judicial, legítima é a persecução penal para a aplicação da pena decorrente da prática do crime de desobediência.⁹⁸

tela específica do credor nas obrigações negativas, p. 72; Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 651.

95 Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, p. 419; Heléno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, p. 458.

96 Na análise da possibilidade de aplicação dos art. 388 e 650 do CP italiano, para os casos de não cumprimento da sentença que impõe uma obrigação de fazer ou não fazer, a doutrina daquele país, em sua grande maioria, tem se posicionado de forma desfavorável, afirmando que a adoção de tal técnica introduz uma excessiva conotação publicística à tutela civil dos direitos, provocando uma penalização sub-reptícia da jurisdição civil. Por todos, v. Cristina Rapisarda, *Profillo della tutela civile inibitoria*, p. 209-216. Em sentido contrário, Aldo Frignani, *L'iniection nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, p. 592; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale*, p. 178.

97 Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. 3, p. 203.

98 RT 684/366, JTJ 131/324, JTJ 189/108.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de *habeas corpus* preventivo, assentou esse posicionamento, ficando enfatizado que o art. 330 do CP tem a função justamente de penalizar quem desobedece uma ordem judicial. Consta expressamente da ementa que "a ordem judicial é de ser cumprida e o art. 330 do CP existe exatamente para penalizar quem não as cumpre".⁹⁹

Dessa forma, encerrando a decisão inibitória autêntica ordem judicial - o que decorre de sua natureza mandamental - o réu que se mantiver recalcitrante, recusando-se a dar cabal cumprimento ao quanto determinado na decisão, estará sujeito não só ao pagamento dos valores referentes à multa diária eventualmente cominada, mas também à pena de prisão, por restar caracterizado o crime de desobediência.

Cabe salientar que a prisão do réu que se recusa a cumprir a ordem judicial pode ser realizada, inclusive, em flagrante, nos termos do art. 301 do CPC, pelos executores da ordem judicial. Tal fato gerará a instauração de processo penal, a ser processado pelo juiz criminal competente, sem qualquer prejuízo ao processo cível do qual a ordem foi emanada.¹⁰⁰

Não se diga que tal prisão estaria vedada pelo art. 5.º, LXVII, da CF, pois esse dispositivo constitucional proíbe a *prisão civil por dívida*; que em nenhum momento se confunde com a *prisão criminal* por desobediência à ordem judicial.¹⁰¹

7.4 Medidas inominadas: o § 5.º do art. 461 do CPC

Embora sejam as medidas coercitivas acima elencadas vigorosos instrumentos tendentes a alcançar o cumprimento espontâneo da obri-

99 HC 4.344/MT, Corte Especial, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, v.u., DJU 25.11.1996.

100 Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 659; Eduardo Talamini, *Prisão civil e penal e execução indireta, Processo de execução e assuntos afins*, p. 158.

101 Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 659. Sobre a possibilidade de prisão civil como medida coercitiva inominada, fundada no § 5.º do art. 461, v. item 7.4.1.a, *infra*, no qual o tema é tratado.

gação por parte do devedor, podem mesmo revelar-se insatisfatórias para a efetivação do comando inibitório em determinadas situações.

Em se tratando de conflitos de massa, por exemplo, em que geralmente se tem um fornecedor de produtos ou serviços como o agente violador do direito, a imposição da multa pode mesmo se revelar inócua. Isso porque, mesmo sendo de valor elevado, a pena pecuniária pode ser aceita pelo fornecedor como custo, sendo seu montante repassado ao preço do produto ou serviço por ele oferecido.

Tal situação foi muito bem advertida por Guido Alpa, quando salienta que as sanções pecuniárias são inonetizáveis, e assim sendo, podem ser assumidas pela empresa como risco normal inerente ao desenvolvimento da atividade produtiva, sendo sua eficácia processual, em determinados casos, bastante modesta, senão reduzida a zero.¹⁰²

Semelhante ineficácia da multa cominatória, ou melhor dizendo, impossibilidade de sua aplicação, apresenta-se naqueles casos em que o réu é insolvente, ou de poucos recursos, quando de nada adiantará a imposição de pena pecuniária, em razão da óbvia impossibilidade de sua posterior cobrança.

A insuficiência da medida coercitiva como único meio de dar satisfação ao comando inibitório também se revela naquelas situações em que se exige uma imediata intervenção do poder jurisdicional na situação fática, não se podendo aguardar a atitude do réu de obediência ou não à ordem inibitória, sob pena de lhe frustrar a devida eficácia.

Tomemos como exemplo uma publicidade abusiva (art. 37, § 2.º, do CDC), veiculada em *outdoors*, que incite os consumidores a ingerirem determinada substância que pode causar prejuízo irremediável à saúde. Nesse caso é perfeitamente cabível o ajuizamento de uma ação inibitória coletiva objetivando o impedimento da continuidade de tal

102 Observa Guido Alpa que "le sanzione predisposte sono pecuniarie, e quindi monetizzabili, cioè suscumbibili dall'impresa come rischio normale inerente allo svolgimento della attività produttiva. Il potere di tali rimedi è dunque assai modesto, in alcuni casi pressochè ridotto a zero". *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, p. 264-265. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, Reforma do Código de Processo Civil*, p. 256.

publicidade. O magistrado, acolhendo o pedido inibitório, poderia determinar ao réu a imediata retirada da publicidade veiculada, sob pena de ser obrigado a pagar multa diária de determinado valor por dia de violação da ordem. Porém, até que o réu seja intimado, até que ele resolva cumprir a ordem judicial, terá decorrido um determinado lapso temporal que frustra a completa eficácia do provimento. Durante esse período, o réu manteve a veiculação da publicidade abusiva e consumidores foram indevidamente incitados a se comportar de forma prejudicial à sua saúde, fato que poderia ter sido evitado se o órgão jurisdicional tivesse intervindo prontamente na relação litigiosa colocada à sua apreciação.

De idêntica situação é a hipótese, já enfrentada por nossos tribunais, de ameaça de violação ao direito à honra por publicação em jornal diário. Conceder-se ao réu a oportunidade de fazer circular o jornal, mesmo que sob pena de multa, é pôr-se em risco a única efetividade que a prestação jurisdicional pode possuir, que é a de evitar a veiculação do periódico. Nesses casos, mais eficaz e segura é também a intervenção fática do Judiciário, adotando providências que impeçam a divulgação da publicação ilícita.

Nesses casos, mais uma vez, revela-se a insuficiência da multa cominatória como único meio de se dar a adequada efetividade ao comando jurisdicional e de se inibir, de forma completa e devida, o ato violador de direito.

Por isso ganha relevância o disposto no *caput* do art. 461, parte final, bem como em seu § 5.º, que potencializam a efetividade da tutela inibitória, mesmo diante da desobediência do réu à ordem judicial, ou diante da situação de urgência levada à decisão do órgão jurisdicional.

Nesses dispositivos afirma-se que o juiz deverá, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias para tanto. Outorgou-se ao magistrado o poder de determinar e fazer atuar, independentemente de pedido expresso do autor, independentemente de instauração de nova relação jurídica processual, e independentemente da vontade do réu, as providências que julgar necessárias para que seja concedida ao jurisdicionado a tutela do direito pleiteada perante o Poder Judiciário.

É importante assinalar que o rol das medidas elencadas no § 5.º do art. 461 é meramente exemplificativo, o que se evidencia pelo emprego da locução "tais como", que o antecede.¹⁰³ Isto ocorre em virtude da necessidade de se dar cumprimento ao dever constitucional de se em prestar o máximo de eficácia à atividade jurisdicional, o que só pode ser alcançado com a possibilidade de diversificação do tratamento dado às também diferentes situações fáticas e jurídicas que são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Diante da imprescindibilidade de fiel adequação da tutela jurisdicional às peculiaridades do caso concreto — para que se possa afirmar respeitada a exigência constitucional expressa no art. 5.º, XXXV, da CF — não poderia o legislador da reforma, sempre preocupado com a efetividade do processo, impor um rol taxativo e aprioristicamente estabelecido de meios processuais que levem à satisfação do direito do autor. Assim, viabilizando a tutela jurisdicional diferenciada, a lei concede ao juiz a incumbência e o poder de escolher e determinar, diante do caso concreto que lhe é apresentado, a medida necessária, qualquer que seja, para fazer atuar a sua decisão, entregando ao autor uma prestação jurisdicional que esteja em conformidade com as exigências constitucionais de efetividade e adequação.

Em virtude dessa possibilidade de adequar a forma de atuação jurisdicional diante da situação concreta, criando-se medida nova ou escolhendo-se uma já existente no sistema processual para que seja satis-

103 Esta é a posição unânime da doutrina. Entre outros, cf. Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 61-62; Kazuo Watanabe, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 45; Ada Pellegrini Grinover, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 257; Arruda Alvim, *Código do Consumidor comentado*, comentário ao § 5.º do art. 84, p. 403.

104 Sobre a estreita ligação do § 5.º do art. 461 do CPC com a garantia constitucional inscrita no art. 5.º, XXXV, cf. Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 61-64.

105 Sobre o instigante tema da tutela jurisdicional diferenciada e suas implicações constitucionais, ver, por todos, Proto Pisani, *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, *Appunti sulla giustizia civile*, p. 211-309; Donaldu Armelin, *Tutela jurisdicional diferenciada*, *RePro* 65, p. 45-55.

feito o direito pleiteado,¹⁰⁶ é que se mostra lícito vislumbrar nesse poder conferido ao juiz pelo § 5.º do art. 461 do CPC um poder análogo àquele conferido pelo art. 798 do CPC, e denominado de "poder geral de cautela". Enquanto este confere ao magistrado o poder de determinar a medida cautelar que assegure a utilidade da prestação jurisdicional a ser realizada ao final de um processo dito principal, o § 5.º do art. 461 confere ao magistrado o poder de determinar a medida que julgar a mais adequada à satisfação do direito pleiteado, podendo-se falar, então, em um "poder geral de satisfação dos direitos".¹⁰⁷

7.4.1 Natureza das medidas inominadas autorizadas pelo art. 461, § 5.º, do CPC

7.4.1.1 Medidas coercitivas

Reza o início do § 5.º do art. 461 que para a "efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente" poderá o juiz determinar as medidas que julgar necessárias (grifo nosso).

Embora a expressão "tutela específica" estivesse consagrada na doutrina como representante da prestação jurisdicional que proporcionasse ao credor o exato resultado a que tem direito, seja através de medidas coercitivas ou sub-rogatórias, o art. 461 do CPC, modificado pela Lei 8.952/1994, fez diferenciação entre "tutela específica" e "resultado prático equivalente".

106 Marcelo Lima Guerra é enfático ao afirmar que o § 5.º do art. 461 do CPC representa a quebra do dogma da tipicidade das formas executivas, *Execução indireta*, p. 61-64. O mesmo entendimento é esposado por Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 185.

107 Neste sentido, expressamente se manifesta Celso Agrícola Barbi: "O que ela [a lei, no art. 461, § 5.º do CPC] quer dar ao magistrado é uma espécie de poder geral, equivalente ao poder geral cautelar do juiz para que ele determine as medidas adequadas com a finalidade de obter do réu o cumprimento específico da obrigação". *Modificações ao CPC*, p. 41. Neste sentido, cf. também Teori Albino Zavascki, *Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer*, *Aspectos polêmicos e atuais da antecipação de tutela*, p. 465; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 61-62; Cândido R. Dinamarco, *Execução de liminar em mandado de segurança — Meios de efetivação da liminar (parcer)*, *Revista de Direito Administrativo* 200, p. 319.