

AS "ASTREINTES" NO DIREITO BRASILEIRO

Gilberto Antonio Medeiros
Advogado

SUMÁRIO

1 – Introdução. 2 – Conceito e Aplicação no Direito Comparado. 3 – Natureza e Finalidade. 4 – As Astreintes no Sistema Brasileiro Vigente. 5 – Execução das Astreintes. 6 – Conclusão. Bibliografia.

1 – Introdução

Com o advento da Lei nº 8.952/94, foram introduzidas modificações ao Código de Processo Civil, dentre as quais, a inclusão do parágrafo 4º ao art. 461, possibilitando ao juiz da causa, independentemente do requerimento do autor, e antes mesmo da prolação da sentença, a imposição de multa diária ao réu, para que este cumpra com sua obrigação.

Não obstante, o legislador de 1973 já havia introduzido no atual Código (arts. 287, 644, 645 e 921, II) a aplicação das penas cominatórias.

Denota-se daí, a clara intenção e evolução do legislador na aplicação do princípio da probidade, através de uma coação de caráter econômico, no sentido de influir no ânimo do devedor, psicologicamente, para que este cumpra a prestação de que está se esquivando.

Os dispositivos acima nada mais são do que a aplicação, em nosso direito pátrio, das *astreintes*, instituto de origem francesa que tem significativa relevância em nosso ordenamento jurídico atual.

Assim, o presente ensaio tem por finalidade fazer uma análise científica da origem do referido instituto, discorrendo sobre sua aplicação perante o direito comparado, finalizando por discorrer sobre sua aplicação em nosso direito pátrio, sem a pretensão, obviamente, de esgotar o assunto.

2 – Conceito e aplicação no direito comparado

Todos conhecem o método chinês de tortura, consistente em pingar gotas de água na cabeça do torturado, em intervalos regulares, método este que consegue, diz-se, reduzir as vontades mais ferozes.

Temos, portanto, que quem "inventou" as *astreintes* devia ser um descendente longínquo desses chineses torturadores, pois os dois mecanismos de pressão apresentam um certo parentesco.

As *astreintes* tratam não sobre a repetição de uma dor física (abolida, senão por todos, pela quase totalidade dos ordenamentos jurídicos que se utilizam deste instituto), mas sobre a repetição de uma dor moral e psíquica, nascida da ligação apaixonada que o

homem tem com os seus bens: o devedor, obrigado pela *astreinte*, assiste, dia após dia, o aumento da sua dívida em dinheiro até que cede e cumpre sua obrigação.

O vocábulo *astreintes* é de origem francesa, sem tradução para o vernáculo, e tem sido utilizado em outros idiomas, dentre eles o nosso, em sua forma original, tendo sido incorporado ao léxico jurídico de diversos países. Indica, na técnica processual civil, medida cominatória, consistente na aplicação de pena pecuniária diária ao devedor de obrigação de fazer ou não fazer, para coagá-lo ao seu cumprimento, cujo valor, fixado pelo juiz, durará enquanto permanecer a inadimplência.

Desde o início do século XIX que a jurisprudência francesa criou as *astreintes*, apesar da hostilidade da doutrina, sob a alegação de que, tratando-se de uma pena, era violado o clássico preceito “*nulla poena sine lege*”.

Realmente, no direito francês não existe dispositivo legal expresso que autorize a imposição e a cobrança da referida medida pecuniária, contudo, de origem tipicamente pretoriana, se alastrou e se consagrou definitivamente naquele país.

Hoje, porém, sobretudo depois da segunda guerra mundial, para evitar o emprego de força policial no despejo de numerosos inquilinos, os tribunais franceses preferiram contornar o problema social impondo *astreintes* aos locatários, em lugar de desalojá-los “*manu militari*”.

No direito italiano, as *astreintes* são repelidas pela doutrina e pela jurisprudência, apesar de, em algumas leis esparsas, se ter pretendido encontrar a adoção da medida constritiva.

Já no direito belga, mesmo não admitidas como medida de coação, a sua imposição pode ser permitida a título de reparação definitiva pelo dano causado ao credor pelo devedor. Mas a reparação definitiva desnaturaliza a finalidade peculiar das *astreintes*.

No direito argentino, antes do atual CPC da nação, os mais autorizados doutrinadores já se pronunciavam a favor da aplicabilidade e cobrança das *astreintes*, com apoio da jurisprudência. O atual art. 37, que não tinha precedente no revogado diploma nacional, estabelece: “*Sanciones Conminatorias. 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. 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*”.

Esse dispositivo, correspondente ao art. 666 do CC argentino, depois da redação da Lei nº 17.711, sendo, a rigor, norma processual inserta anormalmente em diploma de direito material.

Em ambos, porém, também não se usa a palavra francesa, mas, com o mesmo sentido, outras expressões: *sanciones* peculiares.

A doutrina, contudo, encontra no texto as verdadeiras *astreintes*. Além disso, não se acha o referido art. 37 entre os dispositivos específicos da execução, mas sim, na Parte General, no cap. IV, referente a *Deberes Y Facultades de Los Jueces*, inerente, assim, a qualquer processo ou fase.

3 – Natureza e finalidade

As *astreintes* correspondem a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que está se esquivando. É combinação de tempo e dinheiro. Quanto mais o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará como pena.

Dáí o conceito de Liebman: “chama-se *astreintes* a condenação pecuniária em razão de tantos dias de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias do caso), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente”.

Não se deve confundir esta engenhosa medida concebida pelos franceses com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação pelo devedor. Tanto assim que Couture afirma que a coação que emana das *astreintes* é “*casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma*”.

Enquanto as perdas e danos são, em tese, fixadas em valor exato e, portanto, são assim definidas, as *astreintes* não tem limite e assumem caráter aleatório, cessam no momento em que o devedor se resolve a cumprir a obrigação: fazendo o que lhe cumpre fazer (obrigação de fazer) ou não fazendo o que vinha fazendo, mas não deveria fazer (obrigação de não fazer), lesando o direito do credor em uma e outra hipótese.

As *astreintes* podem ultrapassar o valor da obrigação, enquanto as perdas e danos são devem superá-lo.

A respeito desta situação, formula-se o seguinte exemplo: Se um arquiteto se obrigou a fazer e a entregar um projeto, e não o executa, se o prejuízo para o contratante foi de R\$20.000,00, as perdas e danos, devidamente apurados, não podem exceder aquele total. Se, porém, for estabelecida no contrato, pena pecuniária, ou, não o sendo, o autor pleitear, na ação (art. 287 do CPC), R\$500,00 por dia de atraso, se o devedor atingir dois meses, já terá de pagar R\$30.000,00, suplantando as perdas e danos. No momento em que cessar a infração, o pagamento da pena será suspenso, cabendo o total ao credor. Além disso, o credor terá direito às perdas e danos a serem apuradas, cujo pagamento, se efetivado, também extinguirá a obrigação de o devedor continuar solvendo a pena pecuniária.

Nem sempre o credor consegue satisfazer-se pelo inadimplemento do devedor quanto a uma obrigação a ser cumprida. O credor poderá não obter a prestação e nem ter interesse na própria liquidação das perdas e danos. O objetivo principal e único pode ser exclusivamente a prestação. Em sendo fungível, o ressarcimento não é impossível, mas plenamente viável; se, porém, for infungível, cuja realização seja inerente apenas ao devedor, nessa hipótese, na prática, nada poderá substituir a prestação, sob pena de o credor tornar-se insatisfeito, porquanto a compensação será sempre relativa, talvez incompleta.

A finalidade das *astreintes*, portanto, é a de servir como coação indireta sobre a vontade do devedor. Dificilmente, em regra, o devedor terá meios de suportar o ônus, sem limite no tempo e no valor, porquanto o total a ser pago poderá exceder o montante da própria obrigação inadimplida.

Mas, por serem de duração indefinida, sem previsibilidade, pois, de sua cessação, tem toda procedência a advertência de Jossierand: “*Não há fortuna que possa resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada; a capitalização do devedor é fatal; vence-se a sua resistência, sem haver exercido violência sobre sua pessoa; procede-se contra seus bens, contra sua fortuna, contra seus recursos materiais*”.

Do ponto de vista jurídico e moral (e, às vezes, até econômico), as *astreintes* não substituem a prestação devida, como também pode ocorrer com as perdas e danos. Apenas teoricamente, em ambos os casos, pode verificar-se o ressarcimento, se bem que, na realidade, isso nunca venha a acontecer, deixando o credor plenamente satisfeito.

Poderá conformar-se e, até, obter lucro; nem por isso a prestação a que tinha direito foi solvida como deveria ter sido.

A medida, portanto, é cominatória e não expiatória. Sua finalidade é a de fazer o devedor cumprir a obrigação e não, em absoluto, substituir a própria prestação devida.

Enquanto o devedor tiver ânimo para suportar os ônus da incidência das *astreintes*, ele pagará o que se denomina pena, inclusive se houver obstinação irreversível.

É expressiva a lição de Amílcar de Castro: “*A multa por dia de atraso é simples meio de coação. Multa-se o executado dia a dia, não para puní-lo, como se criminoso fosse, mas, simplesmente, para forçá-lo indiretamente a fazer o que não fez ou a não fazer o que não deve. Numa palavra: o juiz é forçado a multar para conseguir um meio de desempenhar a sua função jurisdicional.*”

Portanto, o objetivo das *astreintes* é o de assegurar ao credor a própria execução e não a execução em si mesma, que somente se solve pelo ato próprio, ou, então, ficticiamente, pelo valor das perdas e danos a ser fixado.

Por esse motivo, as *astreintes* deixam de ser incluídas entre os meios coativos de caráter executivo, porque, na lição de Liebman, “*visam conseguir o adimplemento da obrigação da prestação pelo próprio executado, compelindo a cumpri-la, para evitar as pesadas sanções que ameaçam*”.

Os meios executivos (ou executórios) típicos conseguem a solvência da obrigação mediante atos do Estado, independentemente (e até contra) da vontade ou de atos do devedor (penhora e oferta de bem em hasta pública, busca e apreensão da coisa, etc.).

Pelas *astreintes*, a obrigação terminará por cumprir-se por ato do próprio devedor. Ao Estado, caberá, apenas, exercer meios executivos de sub-rogação, se o credor requerer a execução por quantia certa, para cobrar o *quantum* da pena pecuniária, enquanto a prestação principal continua sem ser solvida.

De um modo geral, dependendo das peculiaridades do sistema legal respectivo, as *astreintes* apresentam, substancialmente, as seguintes características, com base na lição de Lino Enrique Palacio, que serve de síntese:

- a) meio de coação psicológico, tendente a vencer a vontade do devedor contumaz;
- b) arbítrio do juiz, que pode impô-las, ou não, conforme o caso;
- c) provisoriedade, pois o juiz que as decretar pode, segundo circunstâncias, suspendê-las, diminuí-las ou aumentá-las, consoante o comportamento do devedor;

- d) inexistência de relação com o efetivo prejuízo material ou moral, sofrido pelo credor;
- e) aplicação a qualquer obrigação de fazer ou de não fazer, especialmente quanto a estas últimas, por ser impossível ato de força contra a vontade do devedor.

Entre os ordenamentos comparados que acolhem as *astreintes*, a ZPO alemã tem sido considerada “*a piú ampia ed esauriente em questa materia*”, na concepção de Mandrioli. Os seus parágrafos 888 e 890 estabelecem pena pecuniária e prisão para as infrações às obrigações de fazer e de não fazer, respectivamente. Enquanto a pena pecuniária é ilimitada, como é de sua índole, a prisão somente pode ser no máximo por seis meses por contravenção que, no conjunto, porém, não pode exceder a dois anos.

As *astreintes*, assim, substituem a atividade “*manu militari*” do Estado, que seria inoperante e, talvez, poderia tornar-se violenta, porque, em última análise, recairia diretamente sobre a pessoa do devedor, atentando, possivelmente, sobre sua liberdade.

A vantagem das *astreintes* é exatamente a de não criar ambiente de violência física, ainda que se dirija contra a vontade e se reflita sobre o patrimônio do devedor.

Mesmo assim, caberá sempre ao devedor deliberar se cede, cumprindo a prestação, ou se se mantém irredutível, deixando de cumpri-la para todo o sempre.

4 – As *astreintes* no sistema brasileiro vigente

O direito processual civil brasileiro desconhecia as *astreintes* até o Código de 1973, posto que a matéria não se achava contida no diploma revogado.

O antigo art. 1005 não as configurava, porque a cominação pecuniária, lá prevista, se achava subordinada a uma condição incompatível com a medida, uma vez que não poderia exceder o valor da prestação.

Exatamente uma das tipicidades das *astreintes* é poderem ser ilimitadas em confronto com o valor da obrigação insolvida, tanto que, com toda propriedade, Amílcar de Castro, cotejando os nossos dois sistemas, asseverava: “*Pelo art. 1005 do Código anterior, a cominação pecuniária não podia exceder do valor da prestação, mas o novo Código, acompanhando o direito francês e o direito alemão, não marca o limite ao valor da astreinte: a soma cobrada é suscetível de aumento indefinido. O art. 302, completado pelo art. 303, ambos do Código de 1939, tinha sentido diferente da tipicidade da medida ora estatuída.*”

Em nosso atual sistema, encontramos as *astreintes* em diversos dispositivos e nas mais variadas leis, o que comprova a importância deste instituto. Limitarei-me, todavia, àquelas previsões, ao meu ver, mais utilizadas.

O atual Código de Processo Civil contempla as *astreintes*, em cinco dispositivos. O primeiro deles é o contido no art. 287, assim redigido: “*Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)*”.

Referido dispositivo trata, pois, da aplicação das *astreintes*, após a sentença proferida em processo de conhecimento, que reconhecer pela obrigação do devedor.

O segundo dispositivo, que pode-se dizer ser um complemento do dispositivo acima invocado, é aquele constante do art. 644, que, com a modificação introduzida pela Lei nº 8.953/94, assim dispõe: “*Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificando que se tornou insuficiente ou excessivo*”.

Este dispositivo, como se verifica, trata da execução da obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título executivo judicial, prevendo aplicação de *astreintes* para o caso de descumprimento da obrigação pelo devedor. Tem, referido dispositivo, peculiaridade importante, posto que, permite ao juiz da execução a aplicação de *astreintes*, mesmo se ausente na sentença. Outra peculiaridade relevante neste dispositivo, é a possibilidade de modificação da multa arbitrada, aumentando-a ou diminuindo-a, de acordo com a necessidade constatada pelo juiz.

O terceiro dispositivo é aquele contido no art. 645, e também prevê aplicação de *astreintes* na execução de obrigação de fazer ou não fazer, todavia, neste caso fundada em título executivo extrajudicial, o qual, também com as modificações introduzidas pela Lei nº 8.953/94, assim se encontra redigido: “*Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título executivo extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se excessivo*”.

Encontramos também *astreintes* no inciso II do art. 921, que assim dispõe: “*É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: (.) II – cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;*”

apropriada, posto que os conflitos envolvendo direitos possessórios são, talvez, os mais propensos à violência física, a qual pode ser substituída pelas multas cominatórias.

Por fim, o quarto e último dispositivo previsto no atual CPC – art. 461, § 4º (parágrafo introduzido pela Lei nº 8.952/94) –, é, talvez, o de maior relevância entre eles, posto que, é onde as *astreintes* se apresentam em sua forma original, possibilitando o juiz aplicá-las independentemente de requerimento do autor.

Assim se encontra redigido: “*Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (.) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.*”

Como se verifica, preenchidos os requisitos legais, pode-se compelir o devedor, através de *astreintes*, a cumprir com sua obrigação antes mesmo da prolação da sentença.

As *astreintes* encontram-se também previstas em vários outros diplomas que compõem nosso ordenamento.

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), já previa em seu art. 84, aplicação de *astreintes*, sendo que referido dispositivo praticamente fora transcrito pelo legislador de 94, quando das modificações introduzidas ao art. 461 do CPC.

No Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90), encontramos *astreintes* no art. 213, o qual tem praticamente a mesma redação dos dispositivos acima enfocados (CPC 461 e CDC 84).

Também encontramos *astreintes* na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), em se art. 11, assim redigido: “*Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente e compatível, independentemente de requerimento do autor.*”

Em matéria de Direito do Trabalho, também encontramos *astreintes* na Consolidação das Leis do Trabalho, em vários de seus dispositivos. A título exemplificativo, temos o art. 729, que manda aplicar multa diária até o cumprimento da obrigação.

Como se pode verificar, nosso ordenamento jurídico há muito vem adotando as *astreintes* como forma de coibir a resistência injustificada do devedor.

5 – Execução das *astreintes*

Tema de grande reflexão, a execução das *astreintes* tem causado discussões acaloradas entre os operadores do direito, uma vez que ainda hoje há divergências acentuadas à respeito do termo *a quo* de sua efetiva incidência, uma vez julgado procedente o pedido.

Não obstante, como vimos no capítulo anterior, temos ainda a situação onde o juiz pode aplicar *astreintes* antes mesmo da sentença (CPC 461, § 4º; CDC; LACP; ECA; etc.).

De uma forma geral, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, há muito vinha se dividindo, no sentido de, ora considerar como termo inicial o trânsito em julgado da sentença que determinou a multa pecuniária, ora considerar como termo inicial a citação do executado.

Todavia, a jurisprudência moderna vem firmando entendimento, no sentido de admitir que a pena só poderá ser cobrada à partir da data em que a sentença transitar em julgado, ou, pendendo recurso, desde logo nos casos em que for admissível execução provisória, contudo, sempre retroagirá à data estabelecida pelo juiz.

A distinção é importante. Não há que se confundir a data da cobrança com o momento da incidência da pena pecuniária.

Este entendimento, no entanto, não é unânime, mormente em virtude das inovações trazidas ao nosso ordenamento, que permitiram a aplicação das *astreintes* desde logo pelo juiz, antes mesmo da prolação da sentença.

Neste último caso, o entendimento predominante tem sido no sentido de se permitir, desde logo, a execução provisória da multa estabelecida.

E isso porque as inovações trazidas pretenderam armar o juiz de poderes intensos, destinados a combater a resistência do obrigado em todos esses casos, fulminando com sua improbidade, tornando também o processo mais célere.

6 – Conclusão

O acolhimento das *astreintes* pelo nosso ordenamento jurídico atual, com sua tipicidade própria, conforme encontra-se inserto no contexto processual moderno, é, sem dúvida, uma das aplicações do princípio da probidade, que se nota no âmago dos diplomas em vigor.

Nota-se, pois, o alto sentido ético da providência consagrada não só pelo CPC vigente, como pelos demais diplomas mencionados, filiando-se à moderna corrente doutrinária e legislativa.

Visa romper a resistência obstinada e, talvez, ímproba do devedor que, além de lesar o direito do credor, ainda zomba da autoridade do Estado, representado pelo Poder Judiciário, não cumprindo a obrigação que lhe foi imposta em sentença.

É um modo, assim, de zelar pela própria dignidade da Justiça, como entidade sócio-política, utilizando-se de todos os meios legais e civilizados para fazer cumprir a determinação judicial, sem violentar a pessoa humana.

No entanto, à par da fundamental importância das *astreintes*, entendo que, nos dias atuais, este importantíssimo instituto não encontra sua total eficácia, quando utilizado, por exemplo, contra devedor insolvente.

Não obstante, inúmeros são os casos de devedores que, além da sua atitude ímproba, consistente na sua resistência injustificada em cumprir sua obrigação, ainda age em fraude, sonogando bens, ou transferindo-os à terceiros. Também neste caso não se obteria resultado prático com as *astreintes*.

Em razão das situações acima exemplificadas, entendo que, mais apropriada à nossa realidade, seria a aplicação das *astreintes* nos moldes preconizados pela ZPO alemã, com a possibilidade, portanto, da pena de prisão do devedor, quando necessário.

Reconheço, todavia, que o texto Constitucional não permite, por enquanto, tal aplicabilidade, pelo que, vale apenas como sugestão para eventual reforma.

De qualquer forma, a aplicação das *astreintes* em nosso ordenamento jurídico constitui inegável avanço, na medida em que de uma só vez atinge dois objetivos: a prestação da tutela jurisdicional ao credor da obrigação, forçando o devedor, através de uma coação econômica, a cumprir a obrigação que estava se esquivando; e a aplicação do princípio da probidade, prestigiando o império do Poder Judiciário, como legítimo representante do Estado.

Bibliografia

CASTRO, Amílcar de; *Comentários ao Código de Processo Civil*; São Paulo; Revista dos Tribunais; 1974; vol. 8º.

LIMA, Alcides de Mendonça; *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed.; Rio de Janeiro; 1974; vol. 6º; ts. I e II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa; *Antecedentes da reforma processual e sistemática geral do novo Código de Processo Civil*; “in” Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, vol. 31.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães; *O termo inicial de incidência da pena pecuniária nas obrigações de fazer infungíveis*; “in” RT 616/257.