

O paradoxo das *astreintes*

Paulo Franco Lustosa

Advogado da Caixa no Rio de Janeiro

RESUMO

A *astreinte* é um importante instrumento de coerção com o qual muitos ordenamentos jurídicos armam seus juízes para que estes consigam fazer seus julgados valerem. Consiste sua finalidade, portanto, em coagir o obrigado a cumprir determinada ordem judicial por meio de uma ameaça a seu patrimônio. Procurar-se-á demonstrar, neste artigo, que a reversão da *astreinte* para o autor da ação não se justifica diante da natureza jurídica desse instituto e, assim sendo, produz efeitos indesejados no mundo jurídico. A destinação do produto da multa coercitiva à parte credora da obrigação cumprida com mora enseja, inevitavelmente, a ocorrência de dois problemas: de um lado, uma confusão prática entre *astreinte* e reparação dos danos moratórios e, de outro, uma violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Ao final, serão abordadas possíveis soluções para os problemas discutidos, fiéis à finalidade do instituto e à instrumentalidade do processo.

Palavras-chave: *Astreinte*. Multa coercitiva. Enriquecimento sem causa. Danos moratórios.

RESUMEN

La *astreinte* es un importante instrumento de coerción con el cual muchos ordenamientos jurídicos armam sus jueces para que éstos consigan hacer valer sus fallos. Su finalidad consiste, por lo tanto, en constreñir al obligado a cumplir determinado orden judicial por medio de una amenaza a su patrimonio. En este artículo se procurará demostrar que a reversión de la *astreinte* para el autor de la acción no se justifica frente a la naturaleza jurídica de este instituto y, de esse modo, produce efectos indeseables em el mundo jurídico. El destino del producto de la multa coercitiva a la parte acreedora de la obligación cumplida con mora abre la oportunidad, inevitablemente, a la ocurrencia de dos problemas: de un lado, una confusión práctica entre *astreinte* y reparación de los daños moratórios; y, de outro lado, una violación al principio que impide el enriquecimiento sin causa. Al final, serán abordadas las posibles soluciones para los problemas planteados, fieles a la finalidad del instituto y a la instrumentalidade del proceso.

Palabras-llave: *Astreinte*. Multa coercitiva. Enriquecimiento sin causa. Daños moratórios.

Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar os problemas que decorrem da destinação da *astreinte*, no processo civil, para o credor da obrigação que se pretendeu ver adimplida com a cominação dessa medida. Não se fará, assim, um panorama geral do instituto, com exaustiva análise da sua eficácia na busca da tutela específica das obrigações e das diversas problemáticas processuais que suscita o uso desse instrumento.

A *astreinte* consiste em uma técnica de tutela coercitiva utilizada em muitos sistemas processuais para vencer a má vontade daquele que procura esquivar-se de adimplir uma prestação a que foi obrigado por ordem judicial. Ela caracteriza-se por exercer pressão psicológica sobre o devedor, por meio de ameaça a seu patrimônio, para que o mesmo cumpra a obrigação determinada no comando judicial.

Com efeito, a doutrina é escassa na abordagem do tema. Guilherme Rizzo Amaral, autor da primeira obra de peso no Brasil que aborda o instituto sob sua ótica própria, afirma ser inegável, “talvez por seu caráter *acessório* ao processo, eis que medida adotada justamente para o cumprimento de outras ordens judiciais, que as *astreintes* até hoje receberam tratamento secundário, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina.”¹

Entre nós, o instituto é tratado por processualistas, sem atrair a atenção dos pensadores do direito civil. Não por acaso, as obras sobre a multa costumam apegar-se às diversas questões processuais que decorrem da aplicação dessa medida de constrangimento indireto do réu, certamente não desprezíveis, de modo que a literatura jurídica, ainda tímida no assunto, não se aprofunda nas implicações materiais que concernem ao instituto.

Tais implicações – ditas materiais – que decorrem do uso da *astreinte*, na forma como esta se encontra configurada na maior parte dos ordenamentos que houveram por admiti-la, constituem justamente o objeto deste artigo. Já a esta altura, e assumindo o risco de passar por repetitivo, cumpre novamente salientar que os problemas a que se faz referência são aqueles que decorrem da premissa – tida como um dogma pela maioria – de que o crédito da multa deve ser revertido em favor do autor da ação judicial.

Destinando-se a multa ao credor da obrigação cumprida com mora, tem-se, inevitavelmente, uma das seguintes situações emblemáticas: de um lado, uma grave confusão entre *astreinte* e indenização ou, de outro, uma notória ofensa ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Eis os dois problemas de que se ocuparão os Capítulos 2 e 3, antes uma análise do instituto da *astreinte* que se empreenderá ao longo do Capítulo 1.

¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 19.

Finalmente, por tratar de alguns assuntos polêmicos e outros pouco navegados, é preciso que se diga que este trabalho não tem o condão – e jamais poderia tê-lo – de solucionar os problemas abordados, embora se arrisque a propor possíveis caminhos em sua conclusão. Seu principal objetivo é chamar a atenção, daqueles que os ignoram, para os problemas da destinação da multa processual ao autor da ação, o que se buscará atingir através de uma perspectiva crítica desse aspecto do instituto.

1 A astreinte

1.1 A tutela específica das obrigações

De acordo com Popp, no que tange “à evolução da forma da exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas, percebe-se que ela navega sempre em busca do meio termo entre o direito do credor ao adimplemento do devedor e o direito deste à sua liberdade.”² Isso porque se tem, de um lado, um *direito de crédito* (que, muitas vezes, não será satisfeito pelo devedor senão por força de alguma medida coercitiva) e, de outro, uma *pessoa humana* (a quem o Direito deve proteção impedindo a violação de sua dignidade.)³

Sendo o processo um instrumento de realização concreta do direito material, sua ambição está em assegurar ao titular do direito violado o resultado que produziria a atuação espontânea das normas substantivas. Para tanto, deverá o Estado-juiz dispor de meios eficazes para a proteção dos credores, sem, contudo, afrontar a dignidade da pessoa do devedor.

Dada a urgência com que se deve buscar o chamado *processo de resultados*, a temática referente à tutela executiva das obrigações, sem dúvida desafiadora, está na moda entre os estudiosos do processo civil. Como se sabe, a ineficácia prática das decisões judiciais contribui de forma considerável para a perda de credibilidade da atividade jurisdicional. De nada adianta o rigor teórico das sanções se o Judiciário não dispuser de instrumentos eficazes para fazer valer, com presteza, suas decisões.

E nessa busca incessante da *efetividade do processo* ou daquilo que se convencionou chamar acesso à justiça, como preferem outros, exsurge a *astreinte* como uma medida de extrema eficiência, cada vez mais utilizada em diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo naqueles de tradição

² POPP *apud* AMARAL, 2004, p.24-5. Embora o autor mencione a *liberdade individual* (lato sensu) do devedor como o limite ao alcance da tutela específica, é preferível referir-se à *proteção da pessoa humana*, a despeito da redundância da expressão, por guardar esta consonância com as transformações ocorridas no interior da ordem civil e sobretudo na consciência moral da sociedade na chamada era das incertezas, conforme sugere MORAES, 2003, p.73.

³ O princípio da dignidade da pessoa humana tem como subprincípios a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade, conforme leitura de BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

romano-germânica (*civil law*). Sua virtude está justamente em acomodar harmoniosamente a busca do adimplemento de determinada obrigação pela pessoa do devedor e a dignidade deste, sem prejuízo de sua eficácia.

É por esse motivo que não se poderia iniciar uma abordagem sobre *astreinte* sem que se fizesse expressa referência ao hoje tão invocado *processo civil de resultados*, que reclama por instrumentos eficazes para a tutela específica das obrigações. As *astreintes* servem de instrumento para que o juiz garanta a observância do princípio da utilidade, por força do qual deve o processo assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e com menor sacrifício para o vencido.⁴

A tutela específica tem por escopo assegurar ao beneficiário da obrigação o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento. Quando se fala em execução específica, pressupõe-se que a prestação constante do título consista em uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa diferente de dinheiro. Em outras palavras, ressalva a doutrina que a tutela específica não se aplica às obrigações pecuniárias, visto que estas podem ser objeto de execução forçada, ou seja, podem ser satisfeitas por meio de constrição sobre o patrimônio do obrigado.

Deve-se a Chiovenda a clássica distinção entre os meios executivos de *coação* e de *sub-rogação*. Os meios executivos são as diversas medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais utilizarem-se para a obtenção prática de um bem. O uso de um ou de outro se determina de acordo com a natureza dos bens a conseguir. Dada a relevância da diferenciação, convém transcrever as definições traçadas pelo autor:

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

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

⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.79.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paulo Capitanio e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v.I, p.349-50.

A *astreinte* é um meio de coação. Visa a atingir o adimplemento da prestação com a participação do devedor. Sendo uma multa coercitiva, a *astreinte* atua sobre a vontade do devedor, sem dispensá-la. Aliás, nesse ponto reside a peculiaridade do instituto: a colaboração do obrigado é um pressuposto para a sua atuação, já que a natureza da obrigação a que se visa adimplir não admite execução forçada, restando ao Estado-juíz o poder de impor medidas coativas que têm por fim conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constrangido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores.⁶

Como se vê, a *astreinte* é apenas um entre tantos meios executivos de que o juiz pode dispor para garantir o cumprimento de suas decisões. A Constituição Federal autoriza, por exemplo, embora de forma excepcional, a prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. As medidas de coerção do obrigado variam no tempo e no espaço, conforme visto, em função da proteção dispensada pelo ordenamento jurídico ao crédito, em detrimento da dignidade do devedor.

Por muito tempo, o brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*,⁷ segundo o qual ninguém pode ser forçado a prestar fato pessoal, funcionou como obstáculo intransponível para a tutela dos deveres de fazer e de não fazer. Com efeito, é mais fácil, para o processo, garantir o cumprimento das obrigações de dar que das obrigações de fazer ou não fazer.

Considerando-se o enfoque específico deste trabalho, não será possível desenvolver uma análise das medidas empregadas no direito comparado ao longo da história.⁸ Não obstante, não se poderia deixar de mencionar um instituto do sistema da *common law*, análogo à *astreinte*, do qual se tem ouvido falar com cada vez maior frequência em todo o planeta: o *contempt of court*,⁹ bem como o sistema de medidas coercitivas do direito alemão, que possibilita ao juiz a aplicação de pena pecuniária (*Zwangsgeld*)¹⁰ e de prisão do devedor (*Zwangshoft*).

⁶ Daí a assertiva de que não se trata de atividade propriamente executiva, porquanto a execução forçada, em sentido técnico, pressupõe a satisfação do credor independentemente da colaboração do devedor (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.218).

⁷ A fórmula é atribuída a Antonio Fabro, em 1626 (cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1968, p.168).

⁸ V., por todos, GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p.70-148.

⁹ Em linhas gerais, o *contempt of court* pode ser definido como o desrespeito à autoridade do juiz, suscetível de severas sanções. Diz-se *civil contempt* quando seu objetivo é induzir a parte a cumprir uma ordem judicial e *criminal contempt* quando se trata apenas de punir uma conduta desrespeitosa – daí a assertiva de que a primeira forma volta-se ao passado, enquanto a segunda dirige-se ao futuro (GUERRA, 1999, p.95). Merece destaque, considerando-se a temática versada neste trabalho, o entendimento majoritário que admite que a medida sirva para compensar o litigante prejudicado pelo desrespeito à ordem judicial.

¹⁰ O modelo de coerção através da pena pecuniária, semelhante à *astreinte*, destaca-se porque reverte a importância arrecadada ao Estado, e não ao credor. Os meios de coação apenas podem ser utilizadas para a tutela das obrigações de fazer infungíveis e de não fazer (GUERRA, 1999, p.138).

1.2 Breve histórico

Na França, o movimento político de libertação individual que culminou no fim do Antigo Regime levou à abolição das medidas de coação sobre a pessoa do devedor. Com a Revolução Francesa, a consagração da liberdade individual no *Code Napoléon* chegou ao ponto de atribuir ao devedor de qualquer obrigação de fazer ou de não fazer a faculdade de exonerar-se com o pagamento de seu equivalente pecuniário.¹¹

Contra a tese de que as obrigações de fazer e de não fazer seriam “juridicamente não obrigatórias”, evoluiu a doutrina reconhecendo que, nesses casos, possui o credor o direito ao cumprimento da prestação *in natura*. Fazia-se necessário, então, que se armassem os juízes com eficazes instrumentos para garantir a execução específica das obrigações. Foi esse o contexto no qual os tribunais franceses criaram as *astreintes*, que se caracterizavam por uma condenação do réu a uma soma de dinheiro para pressioná-lo a cumprir determinada obrigação. O valor da sanção multiplicava-se de acordo com o tempo de demora na realização da prestação, podendo crescer indefinidamente.

A literatura francesa é quase uníssona ao noticiar que a primeira utilização da medida deu-se em decisão proferida em 25/03/1811, pelo Tribunal Civil de Cray, vindo a consagrar-se em definitivo pela Corte de Cassação em 1825. De início, a *astreinte* sofreu severas críticas da doutrina sobretudo em virtude de sua criação pretoriana. Eram três os principais argumentos aduzidos:

- a) o princípio da separação dos poderes havia retirado do juiz o seu *imperium*, reduzindo o seu papel ao de “dizer o direito” (*jurisdictio*);
- b) a medida feria o princípio segundo o qual *nulla poena sine lege*, eis que se tratava de uma pena civil sem previsão legal;
- c) contrariava o *adágio nemo ad factum praecise cogi potest*.

Apesar das críticas, o juiz J. E. Frias esclarece que:

A jurisprudência francesa, atendendo à eficácia da medida, desconsiderou os ataques da doutrina e continuou aplicando-a, ainda que sob o rótulo de perdas e danos, não permitindo, assim, que o instituto percesse. Justificando que a *astreinte* não se dirige à pessoa do devedor mas a seu patrimônio, alegou-se que a medida não se constitui em pena que haveria de ser prevista em lei, bastando a autorização genérica de que o tribunal, atendendo às circunstâncias, pode aplicar a injunções. Assegurando que o brocardo *nemo potest cogi praecise ad factum* proíbe injunções contra a pessoa e não contra os bens, os tribunais admitiram a aplicação das *astreintes*. Tendo como certo, por fim, que a jurisdição, além da atribuição de constatar que o fato é

¹¹ É o que se conclui da redação do art. 1.142 do aludido Diploma Legal: “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.

desconforme com o direito, tem a de determinar que tal desacordo cesse, a jurisprudência francesa teve como justificada a *astreinte*.¹²

A evolução do instituto na França caracterizou-se por embaraços com a reparação dos danos decorrentes do descumprimento da ordem judicial. Daí porque afirma Jacques Boré que a história da *astreinte* judicial é dominada por sua ruptura progressiva com a teoria das perdas e danos.¹³ Podem-se destacar três espécies de *astreinte* que foram consagradas em momentos distintos na experiência francesa:

a) *astreinte comminatoire* (cominatória) – trata-se de medida puramente coercitiva que não serve para reparar o prejuízo futuro decorrente da mora; seu valor cumula-se com o da indenização que o réu será obrigado a pagar caso a desobediência à ordem judicial cause danos ao autor;

b) *astreinte non-comminatoire* ou *dommages-intérêts* (não cominatória ou perdas e danos) de caráter definitivo – confunde-se com a indenização na medida em que serve para assegurar a reparação do dano moratório; seu valor, contudo, independe da extensão das perdas e danos do credor da obrigação; e

c) *astreinte non-comminatoire* ou *dommages-intérêts* (não cominatória ou perdas e danos) de caráter provisório – também serve para reparar o dano moratório, mas sua liquidação limita-se ao valor correspondente aos danos sofridos pelo credor.

Os primeiros julgados aplicavam a medida sob a nomenclatura de perdas e danos (*dommages-intérêts*),¹⁴ o que já denota um nascimento confuso do instituto. Nessa fase primitiva, embora muitos a encarassem de forma independente da indenização, predominou o entendimento de que a *astreinte* tinha o condão de assegurar a reparação do dano, mas sem vincular-se ao valor do dano. Acreditava-se que a medida revestia-se de um caráter coercitivo porque seu valor geralmente superava o da indenização.

Com o tempo, a doutrina passou a consentir quanto ao caráter unicamente coercitivo da medida, argumentando que a imprecisão jurisprudencial se restringia à terminologia utilizada. Planiol e Ripert afirmam que, a partir de 1920, as decisões da Corte de Cassação acabaram

¹² FRIAS, J. E. S. A *astreinte*, do direito estrangeiro ao brasileiro. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, ano IV, 1982, n.14, 2º trimestre, p.11/20.

¹³ BORÉ, *apud* GUERRA, 1999, p.110.

¹⁴ A denominação *astreinte* apenas veio a se consolidar no final do séc. XIX. O vocábulo encontra sua origem no verbo latino *adstringere* (ou *astringere*), que significa "obrigar, sujeitar, apertar, constranger". O termo *astreinte*, em francês, significa "constrangimento" e tem sido utilizado em todo o direito comparado, seja porque não é de tradução fácil, seja porque seu uso já se generalizou no mundo jurídico (essa é a explicação de Santiago Cunchillos y Manterola, tradutor da obra de Louis Josserand. V. JOSSERAND, Louis. **Derecho civil: teoría general de las obligaciones**. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. t.II, v. I, p. 473-4).

opondo o sistema da *astreinte* e o das perdas e danos em termos tais que nenhuma aproximação era mais possível entre eles.¹⁵

Todavia, entre os anos de 1949 e 1959, a jurisprudência francesa passou a limitar o valor da *astreinte* ao valor real do prejuízo sofrido pelo credor em virtude da mora do devedor. A mudança de entendimento deveu-se a uma lei, relativa às ações de despejo, que determinou que a *astreinte* não poderia ultrapassar o valor da quantia equivalente ao prejuízo causado pelo locatário. A partir de então, orientou-se a jurisprudência pela extensão da regra a qualquer situação em que a medida fosse utilizada.

Tal orientação, contudo, subtraiu da *astreinte* sua força coercitiva que, afinal, era a sua razão de ser. De fato, se, no momento da liquidação da *astreinte*, tinha o juiz a obrigação de reduzi-la ao montante do prejuízo moratório, estava-se-lhe atribuindo apenas efeito ilusório, pelo que concluem Mazeaud e Mazeaud que a solução representava a morte da *astreinte* e de sua eficácia, que passara a ser suscetível de fazer pressão apenas sobre os devedores ignorantes da jurisprudência.¹⁶ A esse respeito, revela-se interessante a observação de Starck; Roland; Boyer:

Assim compreendida, a *astreinte* perdia grande parte de sua eficácia e, por via de consequência, de sua utilidade. Ela só era capaz de ameaçar os devedores que eram ignorantes o bastante, sobre a jurisprudência, para se deixarem intimidar por condenações de extrema severidade, na aparência apenas, de tal maneira que esta pode ser qualificada como a instituição da 'armadilha do credor ingênuo'.¹⁷

Foi por esse motivo que, em 20 de outubro de 1959, a *Chambre Civile – 1ª Section Civile da Cour de Cassation* passou a admitir a fixação de um valor para a medida independente das perdas e danos decorrentes da mora do réu. O acórdão consagrou-se como a salvação da *astreinte*, que se encontrava ameaçada a desaparecer.¹⁸ A partir de então, prevaleceu o entendimento de que a medida não compõe a indenização, tampouco lhe é alternativa.

Além do Brasil, esse modelo de medida coercitiva judicial foi adotado por Portugal, Suíça, Benelux, Líbano, Uruguai, Japão e Egito, entre outros.¹⁹

¹⁵ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français**: Obligations. 2.ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. Tome VII, p.107.

¹⁶ MAZEAUD; MAZEAUD. *apud* FRIAS, 1982, p.12.

¹⁷ STARCK; ROLAND; BOYER, *apud* GUERRA, 1999, p.113.

¹⁸ Cf. JURISPRUDENCE ... 1960, p.116-7.

¹⁹ Cf. GUERRA, 1999, p.108; TALAMINI, 2001, p.58; FRIAS, 1982, p.17; JURISPRUDENCE ... 1960. p.672; ASSIS, 2003, p.455.

1.3 Natureza jurídica

A natureza de um instituto sofre evolução ao longo do tempo. Além disso, em uma mesma época, certo instituto pode ser concebido de formas diferentes, em lugares distintos. E não é só: mesmo em um determinado espaço e em um dado momento, divergências pode haver quanto à função por ele exercida.

Com efeito, a natureza jurídica é essencial para a compreensão do instituto, servindo de fundamento norteador para a solução das diversas controvérsias que lhe possam dizer respeito. Analisemos cada uma das funções possivelmente desempenhadas pelo instituto, com o fim de identificar sua natureza.

1.3.1 Função coercitiva (ou cominatória)

Trata-se da essência da *astreinte*, que é um instrumento de criação pretoriana cujo escopo consiste justamente em compelir o réu a cumprir suas obrigações judiciais. A esse respeito, comenta Josserand que:

Graças à progressão que a caracteriza, esse sistema é de eficiência e segurança a toda prova: não há fortuna que possa resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada; a capitulação 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.²⁰ (tradução livre)

A medida não possui, portanto, fim em si própria, sendo sempre acessória a determinado comando judicial. Enquanto uma técnica destinada ao alcance de determinado objetivo, só tem razão de existir quando este objetivo ainda é almejado.

Note-se que a função coercitiva consuma-se com a ameaça ao patrimônio do réu, sendo-lhe indiferente a destinação do montante que eventualmente se retire deste. Tendo por beneficiário o demandante da ação, a *astreinte* puramente coercitiva proporcionar-lhe-á necessariamente um enriquecimento sem causa.

1.3.2 Função reparadora (ou ressarcitória)

Como se viu, embora concebida para pressionar o devedor a cumprir suas obrigações, a *astreinte* exerceu função reparadora em determinados momentos na experiência francesa. Servia, pois, para compensar danos futuros que decorressem da desobediência do réu ao comando judicial.

²⁰ JOSSERAND, 1950, p.474.

Desde muito tempo, porém, não se atribui à *astreinte* caráter compensatório, seja na França, seja no Brasil. Esse entendimento é incontroverso na doutrina e na jurisprudência atuais, estando explícito em diversas legislações.

Não obstante, procurar-se-á demonstrar que, em função da destinação da soma que resulta da incidência da *astreinte* para o credor da obrigação, é comum que os julgados procurem abarcar a indenização pelos danos moratórios já na cominação da multa. Embora problemática, a solução simplificaria ao máximo a prestação jurisdicional. Nesse contexto, é importante que se façam alguns breves comentários acerca dos efeitos que o reconhecimento da prévia liquidação do dano causaria ao instituto processual da *astreinte*.

Se a *astreinte* limita-se a prefixar as futuras perdas e danos, ajustando-se, na fase de liquidação, aos contornos quantitativos do prejuízo real, será ela desprovida de função coercitiva. Isso porque a responsabilidade civil já preceitua o dever de reparar o dano causado a outrem de forma culposa, razão pela qual, nessa concepção, o efeito constrangedor restaria comprometido.

Logo, para que o instituto possa comportar, simultaneamente, o caráter de reforço da obrigação principal e de indenização antecipada, é necessário que a multa seja infligida em valor exorbitante (excedendo ao provável valor a que corresponde o dano futuro) e de forma definitiva (sem que, *a posteriori*, se tenha que observar o prejuízo real). Em outras palavras, haverá de existir na medida um montante destinado à reparação do dano moratório e, necessariamente, outra parcela que sirva para estimular o réu a realizar a prestação que lhe foi imposta judicialmente. Todavia, a combinação é grave porque essa parcela cominatória, se revertida para o autor da ação, proporcionar-lhe-á um enriquecimento sem causa.

1.3.3 Função punitiva (ou sancionatória)

Finalmente, insta analisar se a medida tem por escopo punir o réu pela sua transgressão à ordem do juiz. Não são poucos os autores que afirmam que a *astreinte* é dotada de eficácia moralizadora, servindo como instrumento de proteção da dignidade da justiça. Segundo Alvim, as medidas cominatórias, na verdade, resultam com maior razão de um atraso no cumprimento de um mandamento judicial do que de um atraso no cumprimento de uma obrigação, funcionando, pois, como um castigo em razão da desobediência.²¹

Todavia, para Amaral, "afirmar ser a *astreinte* um instrumento em prol da dignidade da Justiça é fazer pouco caso desta."²² O autor lança

²¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 114.

²² AMARAL, 2004, p.57.

três argumentos para justificar sua posição. Em síntese, alega que a medida não abrange todas as obrigações; que cabe somente ao autor – e não ao Estado – executar a multa incidente; e, por fim, que a multa não sobrevive se, cominada em decisão interlocutória, esta, embora descumprida, vier a ser reformada.

Parece assistir razão, assim, à corrente que denega o caráter punitivo da *astreinte*. O próprio nascimento do instituto denota que não foi ele concebido para punir o réu recalcitrante. Aparenta ser uma pena somente porque, em caso de desobediência à ordem judicial, o devedor terá seu patrimônio invadido. Mas a punição em decorrência da transgressão ao comando judicial se dá, em nosso direito, por outros instrumentos, tais como:

a) multa por resistência injustificada ao andamento do processo, configurando litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil);

b) multa aplicável àquele que não cumprir com exatidão os provimentos mandamentais ou criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais (art. 14 do Código de Processo Civil);

c) crime de desobediência (art. 330 do Código Penal).

Não obstante, é razoável reconhecer que a *astreinte*, exatamente por reforçar os provimentos mandamentais, contribui para a dignidade do Judiciário. Não há contradição em se admitir que, da medida, sucede um efeito útil (ou acidental) moralizador da atividade jurisdicional.

1.4 A destinação da multa e a indústria das *astreintes*

Eis aqui o cerne dos problemas que se pretende discutir neste artigo: o dogma de que o valor resultante da *astreinte* deve beneficiar a parte contrária da relação processual, isto é, o autor da ação. Diz-se dogma porque, aparentemente, trata-se de um ponto tido como indiscutível na literatura jurídica brasileira.

De um modo geral, considera-se justo que a verba arrecadada com a aplicação da *astreinte* seja revertida em favor do próprio credor da obrigação reconhecida na condenação principal. Afinal de contas, foi ele quem realmente se prejudicou com o atraso na realização da prestação que lhe era devida, e não o juiz, por ter tido um comando seu desobedecido.

Ignora-se, assim, a natureza da multa, na medida em que, enquanto uma técnica judicial de tutela coercitiva e acessória, seu objetivo único está em influir no ânimo do devedor, psicologicamente, para que o mesmo cumpra sua prestação. Para essa função coercitiva, repita-se, é indiferente a destinação da multa. Ou seja, não se propondo a reparar o prejuízo que o devedor pode causar ao credor, não há por que se considerar justo que este seja o beneficiário da multa que aquele tenha que pagar. Se dano houve em decorrência da mora do devedor, nascerá para este o dever de repará-lo.

Na França, devido ao seu desenvolvimento a partir da indenização, as *astreintes* foram concebidas em benefício do autor da ação. Entretanto, ao contrário do que se observa entre nós, essa premissa foi – e até

hoje é – muito criticada pela doutrina. Nessa orientação, expressiva é a contribuição de Perrot, destacada por Guerra:

Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!²³

Nosso direito orientou-se em sentido semelhante. O curioso é que não há previsão legal que estabeleça a reversão do crédito resultante da imposição de multa coercitiva para o credor. Mas a titularidade deste é indiscutível na jurisprudência.²⁴ Já nos processos coletivos, o crédito derivado da multa destina-se aos fundos de que tratam a Lei de Ação Civil Pública e o Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵

Na Alemanha, o sistema executivo típico reservou às prestações de fazer infungíveis e de não fazer o uso dos meios coercitivos (*Zwangsstrafen*). Uma dessas medidas consiste em uma multa cominatória, a todas as luzes, similar à *astreinte*, que é revertida ao Estado, e não ao credor. É importante salientar que, ao contrário do que se poderia pensar, a multa não exerce função punitiva, sendo de natureza puramente coercitiva, a exemplo da *astreinte*.

Na esteira do modelo germânico, o sistema processual civil sugerido no Código Tipo para a América Latina, de 1988, prevê a reversão do crédito das medidas coercitivas patrimoniais para um fundo público. Assim seguiu o sistema vigente no Uruguai.²⁶

²³ PERROT *apud* GUERRA, 1999, p.123. Na esteira das marcantes críticas que se alastravam na doutrina, não faltaram tentativas para se alterar o beneficiário da soma resultante da *astreinte* na legislação francesa. No projeto de lei que se transformou no primeiro diploma legal a tratar da medida, de 1972, fora incluída disposição determinando que metade do valor da *astreinte* liquidada fosse destinada ao Tesouro Público, ficando a outra metade em favor da parte contrária. Já o anteprojeto da lei de 1991 dispunha que “o juiz pode decidir que uma parte da *astreinte* não seja destinada ao credor. Essa parte reverterá ao fundo nacional de ação social”. Ambas as propostas foram rejeitadas pelo Senado. Registre-se, contudo, que existe previsão legal no direito francês para a destinação de parte do crédito da *astreinte* cominada em Tribunal Administrativo para fundos públicos.

²⁴ Guerra supõe que a aceitação acrítica da titularidade do credor decorre da influência da solução adotada pela legislação francesa, que manteve, na disciplina dada à *astreinte*, o seu caráter privado, i.e., de uma sanção pecuniária que reverte em benefício do credor e não do Estado (GUERRA, 1999, p.205). Já Talamini acredita que, além da influência francesa, tal orientação tenha prevalecido por força do “Projeto Carnelutti” de reforma do processo civil italiano e pelos antecedentes luso-brasileiros da multa (TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. São Paulo: RT, 2001, p. 257).

²⁵ Art. 13, da Lei nº. 7.347/85 c/c Decreto nº. 1.306/94; art. 214, da Lei nº. 8.069/90.

²⁶ TALAMINI, 2001, p.74.

Já o direito português adotou fórmula intermediária no que concerne à destinação da medida coercitiva pecuniária utilizada no processo civil. Determina o art. 829-A, do Código Civil que o montante resultante da incidência da sanção pecuniária compulsória será revertido, em partes iguais, para o credor e o Estado.²⁷

No entanto, é fato que a maioria dos países adota, ainda, sistemas de medidas coercitivas pecuniárias cujo respectivo crédito é revertido em favor do credor da obrigação reforçada. Entre nós, não se tem notícia de nenhum projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que pretenda alterar a atual fórmula enriquecedora dos demandantes.

Nesse contexto, é importante que se incentive o debate sobre as conseqüências da reversão da quantia arrecadada a título de multa coercitiva, no processo, para o credor da obrigação principal. Dentre elas, destaca-se um fenômeno que se tornou marcante na prática forense brasileira: a “indústria das *astreintes*”.

O fenômeno é facilmente constatado a partir do momento em que, com freqüência, pessoas que vão a juízo para obter a satisfação de determinado direito, vislumbrando a possibilidade de se enriquecerem com o recebimento de uma eventual multa pelo descumprimento da ordem judicial, passam a preferir que seu direito não seja atendido pelo réu, ou ao menos que não o seja prontamente. Em outras palavras, o interesse em receber tais valores se torna mais atraente do que a própria prestação jurisdicional postulada. E o que é mais grave: o demandante, quando amparado pela *astreinte*, muitas vezes passa a “cultivar a multa”, deixando de informar ao juízo sobre o descumprimento da obrigação por longo período (ou até dificultando o adimplemento).

Amaral, embora defendendo a atual sistemática das *astreintes* no Brasil, reconhece a franca possibilidade de, atribuindo-se o crédito das *astreintes* exclusivamente ao demandante, “promover-se uma verdadeira corrida do ouro em busca da multa, e um esquecimento, muitas vezes, da questão que deveria ser central no processo: a busca da tutela específica.”²⁸ Adiante, o autor constata que:

Não raro, a parte demandante, aproveitando-se do descumprimento de ordem judicial, antes por incongruências internas das empresas demandadas do que por temor das mesmas em relação à multa, aguarda a incidência das *astreintes* por longo período de tempo para, somente então, promover a execução de quantias totalmente discrepantes e desproporcionais, se comparadas com o proveito econômico auferido pelo réu ao descumprir a ordem judicial.²⁹

²⁷ TALAMINI, 2001, p.71.

²⁸ AMARAL, 2004, p.202.

²⁹ AMARAL, 2004, p.227-8.

Nesse contexto, a multa deixa de ser um instrumento e passa a ser um fim em si próprio. Trata-se de uma verdadeira inversão da lógica do sistema processual: de instrumento para a realização de um direito material, o processo passa a ser visto como possível fonte de lucro.

2 A confusão prática entre *astreinte* e reparação de danos

2.1 A utilidade de se reconhecer na *astreinte* a prévia liquidação do dano moratório

Em sua origem, a *astreinte* foi consagrada sob a forma de perdas e danos, tendo por escopo assegurar a reparação do prejuízo futuro e, ao mesmo tempo, preveni-lo. Essa confusão tinha uma razão de ser: revertendo-se o crédito da multa para o credor, não se lhe poderia atribuir outra natureza senão a reparatória. Com efeito, não havia – e tal antinomia perdura até os dias de hoje – qualquer fundamento jurídico que justificasse esse direito de crédito não fosse ele relativo aos danos decorrentes da mora do devedor.

Josserand, em crítica à teoria da *astreinte intérêts et dommages* (ou *astreinte non-comminatoire*), que assumidamente condensava na medida pena e indenização, indica quatro elementos distintivos entre *astreintes* e perdas e danos. São eles:

a) as perdas e danos visam a substituir a execução *in natura*, ao passo que a *astreinte* visa a assegurar ao credor a dita execução;

b) as perdas e danos implicam a existência de um dano sofrido pelo credor, ao qual o deverá referir-se o Tribunal em sua decisão, mas a sentença que pronuncia a *astreinte* não tem sequer que comprovar a existência de prejuízo;

c) a *astreinte*, diferentemente das perdas e danos, não se fixa em função do dano sofrido pelo credor, mas, o que é bem diferente, em consideração à fortuna, aos bens do devedor recalcitrante; tudo depende da resistência a ser vencida que o tribunal aprecia soberanamente;

d) a *astreinte* tem eficácia transeunte; a decisão que a institui não é suscetível de execução provisória; seu fim é assegurar a execução: o dia em que o resultado houver sido obtido, não tem mais razão de ser; é suprimida ou reduzida.

Como se vê, a distinção teórica entre *astreinte* e indenização é tamanha – a primeira consiste em uma técnica processual de tutela coercitiva e acessória, ao passo que a segunda decorre da responsabilidade civil do devedor –, que melhor seria analisá-las sob o ponto de vista de sua única semelhança, qual seja, a reversão do crédito de ambas para o credor.

Chega a ser curioso o fato de que todos os autores que tratam do assunto fazem questão em diferenciar *astreintes* de perdas e danos, afirmando categoricamente que tais institutos jamais podem ser confundi-

dos. Em contrapartida, não se demonstra tanta preocupação com o fato de a multa aproveitar-se ao credor da obrigação, talvez por um sentimento implícito de equidade, já que o mesmo, em regra, arca com o prejuízo de não ter tido sua prestação satisfeita dentro do prazo que seu direito delimitava.

Embora Guerra sustente terem se tornado obsoletas as controvérsias sobre a natureza da *astreinte*,³⁰ a prática dos tribunais brasileiros revela que a *astreinte* não tem sido aplicada com uma tão segura abstração de sua natureza puramente coercitiva. Com efeito, a superação se deu com maior solidez no plano teórico: o fato de a multa favorecer ao credor faz com que se procure, ainda que tacitamente, aproveitar seu crédito para compensar eventual dano a ele causado.

A confusão evidencia-se com maior nitidez no âmbito dos Juizados Especiais, nos quais, à luz do princípio da celeridade, muitos juízes acabam aplicando a multa de forma ressarcitória. Desvirtuando a natureza puramente coercitiva do instituto, faz-se deste um mecanismo simplificado e econômico, embora nada técnico (e, por isso, perigoso), de pôr fim aos litígios.

Não se está sustentando aqui, por óbvio, que os juízes explicitamente predeterminam o valor da indenização em caso de mora do devedor no cumprimento das ordens judiciais. Tal prática jamais poderia sustentar-se diante do tão consolidado entendimento, inclusive expresso na lei brasileira,³¹ de que a multa não compõe a indenização, tampouco lhe é alternativa.

No entanto, não é arriscado afirmar que, em última análise, a *astreinte*, muitas vezes, substitui a reparação dos danos moratórios. Evidência desse atropelo da *astreinte* em seara que não lhe é própria está no fato de muitos juízes fixarem o valor da multa em consonância com os danos futuros que da mora poderiam advir,³² e não com a grandeza do patrimônio do devedor, a qual deveria servir como parâmetro único para a quantificação dessa medida de constrangimento indireto. E tal confusão dá-se, seja em virtude da mera satisfação (ou desinformação) do credor, seja para evitar um enriquecimento sem causa.

Pode ocorrer que o autor da ação contente-se com o recebimento do valor da multa em contrapartida pela demora no cumprimento da obrigação pelo réu. Neste caso, mesmo que haja renúncia tácita do credor ao seu direito correspondente à reparação do dano, verificou-

³⁰ GUERRA, 1999, p.115.

³¹ Art. 461, §2º, do CPC: “a indenização das perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”.

³² Curiosamente, Pontes de Miranda, a respeito das ações cominatórias, defende que: “a cominação é da pena pecuniária fixada pelo juiz, que para isso deve atender ao valor do prejuízo que a ofensa temida causaria” (Apud NUNES, Antônio de Pádua. Da cominação de multa diária. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004, n.266, p.22-8, p.26).

se, em última análise, a substituição de uma espécie pela outra. Já a desinformação serve de fonte para a confusão quando o credor simplesmente ignora que possui, além do direito ao recebimento do crédito da multa, o direito a uma outra quantia, referente às perdas e danos que lhe haja causado a mora do devedor.

Ademais, supondo-se que o autor da ação, mesmo recebendo determinada quantia a título de *astreinte*, pretenda perceber algo a mais, seja porque o crédito da multa não foi suficiente para compensar seus danos moratórios, seja simplesmente porque o processo lhe oferece essa oportunidade (inexplicável) de se enriquecer, ajuizará o mesmo, posteriormente, ação de reparação de danos. Note-se que, a rigor, faz-se necessária a propositura de uma nova demanda cognitiva para avaliar a efetiva ocorrência e a extensão do dano provocado pela mora do devedor. Pois bem, nesta demanda, se ignorada a multa já recebida, haverá enorme locupletamento injusto. Por sua vez, caso o juiz não abstraia o fato de que o autor já se beneficiou com determinada quantia por força da mora do réu, o pleito indenizatório será julgado improcedente a fim de coibir um enriquecimento sem causa, ou procedente em parte, de modo que, do *quantum* indenizatório, seja descontado o valor recebido antecipadamente a título de multa. Em ambos os casos, a sanção pecuniária terá exercido o papel de ressarcimento do prejuízo moratório, fazendo as vias de indenização.

Em suma, em que pese a supostamente sólida superação da confusão entre *astreinte* e indenização, que certamente possuem origens distintas, o fato é que esse discernimento não tem como sobreviver no momento da liquidação do dano moratório, em que o juiz conhece o fato de que o credor já se beneficiou com o recebimento de determinada importância (por vezes, extremamente considerável) em decorrência da mora do devedor recalcitrante (embora não para ressarcir-la propriamente). Por outro lado, em se admitindo que o juiz seguiu à risca a natureza da multa, ignorando-a quando da quantificação do dano a ser reparado, está-se assumidamente aposentando o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Percebe-se, pois, que a distinção entre *astreinte* e indenização tende a se flexibilizar no caso concreto para se evitar um enriquecimento sem causa. Se a condenação do devedor ao pagamento da multa pode ser reduzida, ou até suprimida, para evitar o locupletamento do credor, é forçoso concluir que, na mão inversa dessa lógica, caso o credor já tenha recebido determinada quantia a título de *astreintes*, não lhe caberá receber qualquer outra importância para se evitar um enriquecimento sem causa. Afinal, conforme ressalta Pereira:

Tendo a indenização por objeto reparar o dano, o montante da indenização *não pode ser superior* ao prejuízo, pois se o for, as perdas e danos convertem-se em fonte de enriquecimento (*de lucro capiendo*), o que con-

fronta o princípio da equivalência, rompendo o binômio dano-indenização.³³

Certamente seria muito útil ao processo, enquanto instrumento, reconhecer na *astreinte* uma prévia liquidação do dano, matando dois coelhos em uma tacada só. Todavia, é preciso ter cuidado com tal “fungibilidade” entre multa e indenização. Dada a instrumentalidade do processo, essa concepção tortuosa do instituto da *astreinte* – que, a bem da verdade, traduz uma manobra bem intencionada em busca da celeridade e da economia processual – não pode passar por cima de princípios elementares do direito civil.

Já foi dito neste artigo que o valor da *astreinte* deve ser quantificado em função das condições econômicas do réu, a quem se pretende compelir ao adimplemento. Quanto à indenização, deve-se ter em mente, no momento de sua fixação, o valor correspondente ao dano, em atenção ao princípio segundo o qual a reparação do dano há de ser integral. Nas palavras de Lopes,

O princípio geral que rege a matéria de dano é o de que deve ele ser integralmente reparado, de modo a restabelecer o credor na posição que teria, se o devedor houvesse cumprido a obrigação que lhe incumbia. Essa obrigação por perdas e danos, contudo, não tem o caráter de pena, em razão do que, para a sua composição, não entra em linha de conta o grau de responsabilidade do devedor, mas a extensão ou a maior ou menor gravidade do dano.³⁴

Dessa forma, percebe-se que os critérios que orientam a quantificação da multa e da indenização nada têm em comum, daí o perigo de se utilizar o crédito da *astreinte* para fins de reparação do dano. Se a indenização mede-se pela extensão do dano, não há absurdo maior que permitir que o *quantum debeatur* seja previamente fixado, inclusive porque haverá sempre o risco de o prejuízo sequer vir à tona. O preestabelecimento das perdas e danos só deve ser admitido quando fundado na autonomia da vontade, o que se dá por meio da cláusula penal:

Se não se permite que o credor elimine ou enfraqueça os meios de reação predispostos na lei contra a mora e o inadimplemento, como instrumentos que assinalam a ilicitude da conduta do devedor, já nada impede que as partes reforcem ou assegurem antecipadamente a reação legal contra o não cumprimento, concretizando inclusivamente os efeitos práticos da sua aplicação. [...] pode-se dizer que a cláusula penal é a

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: de acordo com a Constituição de 1988. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.312.

³⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II, p.400.

estipulação pela qual as partes fixam o objeto da indenização exigível do devedor que não cumpre, como sanção contra a falta de cumprimento.³⁵

Com efeito, não se revela razoável admitir a possibilidade de que um instrumento judicial de coação do réu prejudique, de algum modo, o princípio da reparação integral do dano. A assertiva é abominável à luz da mentalidade instrumentalista do processo, na medida em que “os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material.”³⁶

Sendo assim, mantendo fidelidade à sua natureza jurídica, a *astreinte* pode – e deve – ser concebida como um instrumento de prevenção do dano, mas nunca de reparação. O uso desordenado do instituto (que tem lugar apenas por se reverter a multa em favor do credor) pode violar princípios elementares da responsabilidade civil.

3 O enriquecimento sem causa

3.1 Noções introdutórias

O problema do *enriquecimento sem causa* na aplicação da *astreinte* é, certamente, o que há de mais intrigante em relação a esse instituto. A perplexidade do problema está na premissa de que a *astreinte*, por natureza e inevitavelmente, gera um locupletamento ao autor da ação sem que haja qualquer causa jurídica capaz de justificá-lo.

Não obstante, a doutrina brasileira parece não demonstrar tanta preocupação com o problema, conforme já se deixou anotado neste trabalho. Talvez por um sentimento implícito de justiça, admite-se, de forma quase pacífica, que o autor receba além do que se prejudicou com a desobediência do réu à ordem judicial.

Em toda a bibliografia brasileira pesquisada sobre *astreinte*, poucos são os escritos que enfrentam o problema do enriquecimento sem causa³⁷. Este artigo pretende, portanto, denunciar exatamente essa postura conformada com que nossa doutrina tem tratado a matéria. Para

³⁵ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999. vol. II, p.139.

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.42.

³⁷ Dentre os poucos que identificam o problema, convém destacar a crítica de Joaquim Spadoni ao modelo atual: “tal solução possui o grave inconveniente de atribuir à parte contrária da demanda o direito de receber uma quantia em dinheiro que não deriva da relação jurídica que possui com a outra parte e que não é aquela correspondente às perdas e danos a que eventualmente pode fazer jus. É a ela dada uma vantagem pecuniária, em detrimento da outra, sem que para isso se tenha um respaldo lógico-jurídico suficientemente justificador” (SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação dos ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p.505).

atingir esse objetivo, revela-se conveniente introduzir noções gerais sobre o enriquecimento sem causa.

A idéia geral de repúdio ao enriquecimento sem causa³⁸ pode ser concebida sob uma dupla perspectiva. Por um lado, a vedação ao enriquecimento sem causa pode se manifestar como *cláusula geral* e, por outro, como *princípio*.³⁹

Cláusula geral consiste em norma de tessitura aberta. O sistema alemão destaca-se por consagrar, de forma explícita e genérica, a obrigação de restituir o que sem causa se adquiriu (art. 812 do BGB); e o francês, por não dispor de uma formulação legal que repudie o locupletamento à custa alheia.⁴⁰ Entre nós, o Código Civil de 1916 não continha regra geral prevendo a condenação por enriquecimento sem causa, mas muitos de seus dispositivos se orientavam pelo princípio, que atuava como um fio subterrâneo.⁴¹ O novo Código optou por consagrar o instituto como regra geral, entre as fontes das obrigações, ao lado da autonomia da vontade e da responsabilidade civil.

O Direito, como toda forma de conhecimento científico, parte da existência de princípios, i.e., de certos enunciados lógicos que são admitidos como condição ou base de validade de suas asserções.⁴² A vedação ao enriquecimento sem causa sempre foi considerada um desses princípios – ainda que de forma implícita – nos sistemas da família romano-germânica. Trata-se, assim, de um princípio geral de direito, que irradia seus efeitos por todo o ordenamento, atuando como mandamento nuclear do sistema jurídico. É precisamente como um princípio que a vedação

³⁸ É uníssona a doutrina em reconhecer que a origem do enriquecimento sem causa remonta às *condictiones* do direito romano, que eram “ meios técnicos de aplicação da equidade a situações casuisticamente definidas, em que o deslocamento patrimonial se revelava carecedor de uma causa que o legitimasse ” (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, v. 55, n. 3, p.757-845, dez. 1995, p.769).

³⁹ KATAOKA, Eduardo Takemi. **Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio:** sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito Civil à Comissão Julgadora da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2000, p.17.

⁴⁰ NEGREIROS, 1995, p.773-80.

⁴¹ A comparação é atribuída a Ripert (ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 46, n. 259, maio 1957, p.53). Como exemplo dos institutos que tinham o enriquecimento sem causa como pano de fundo, destacam-se o pagamento a incapazes, a realização de benfeitorias pelo possuidor, o regime geral da avulsão, especificação, confusão, comistão e ajustão, os produtos de crime e a gestão de negócios (KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa**. Monografia de conclusão de curso da disciplina Teoria Geral do Direito Civil II, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Civil, UERJ, 2003, p.22-3).

⁴² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.305. O autor menciona, em seguida, a proibição de locupletamentos ilícitos como um exemplo dos princípios gerais de direito.

ao enriquecimento sem causa interessa a este artigo, uma vez que “o ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis.”⁴³

Para grande parte dos autores, a *eqüidade* é o fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa. Contudo, dada a imprecisão da teoria e a conveniência de lhe precisar o conteúdo, outras tentativas surgiram na doutrina. A qualificação do enriquecimento sem causa como uma variante da *gestão de negócios*, atribuída a Laurent, não logrou muito sucesso por reduzir a abrangência do princípio, tomando a parte pelo todo. A *teoria do risco criado*, pela qual quem cria o lucro deve dele aproveitar-se, é descartada por não abranger os casos de locupletamento originários de atos do enriquecido e de terceiros. Finalmente, a *teoria da destinação jurídica dos bens*, nascida na Alemanha, baseia-se na premissa de que o aproveitamento econômico dos bens está reservado aos titulares dos direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, como os direitos reais.⁴⁴ É de se constatar, porém, que a ordenação jurídica dos bens é tão vaga quanto a própria noção de eqüidade e deve ser relativizada diante da constitucionalização do direito civil, eis que os bens não devem mais cumprir a função de servos do *dominus*.⁴⁵

Como se disse, para os fins a que se propõe este artigo, justifica-se apenas a abordagem da vedação ao enriquecimento sem causa como um princípio. Mas antes que se possa analisá-lo, é preciso cuidar de se aferir, com segurança, a possibilidade de se falar em geração de enriquecimento sem causa na hipótese de medidas coercitivas que se revertem em favor do credor da obrigação. Assim, analisemos os elementos que compõem o enriquecimento sem causa.

3.2 Requisitos para a configuração do enriquecimento sem causa

Conquanto algumas diferenças possam ser encontradas na doutrina, são três os requisitos que configuram o chamado enriquecimento sem causa:

- a) enriquecimento;
- b) obtenção do enriquecimento *à custa de outrem*;
- c) inexistência de causa justificativa.

O primeiro requisito é o incremento ou a melhora na situação patrimonial de uma pessoa. Considera-se enriquecimento todo aumento do ativo ou diminuição do passivo patrimonial de alguém, e, até

⁴³ BOBBIO, *apud* NEGREIROS, 1995, p.763.

⁴⁴ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p.141-167, out./dez. 2002, p.151.

⁴⁵ A síntese acerca das teorias que buscam a fundamentação do princípio foi extraída de NEGREIROS, 1995, p.786-92.

mesmo, a poupança de um gasto. Trata-se necessariamente de uma vantagem patrimonial, não configurando o enriquecimento, para fins de restituição, uma vantagem de natureza moral.

A *astreinte*, como visto, corresponde a uma coação de caráter econômico. Por via de consequência, sendo o autor da ação titular da quantia decorrente da medida, perceberá ele um aumento de seu ativo patrimonial.

O segundo requisito – *à custa de outrem* – é de especial relevância, isso porque, descumprida a obrigação, a *astreinte* cominada será devida pelo réu de qualquer maneira. Não se está colocando em questão a existência do dever de pagar a multa, mas tão-somente a destinação desta. Ou seja, embora haja, efetivamente, uma diminuição do patrimônio do réu, esta se justifica pela sua desobediência à determinação do juiz. Sendo assim, estaria configurado o enriquecimento sem causa do credor mesmo sem que se tenha um correspondente e indevido empobrecimento do devedor?

A resposta à pergunta formulada é afirmativa. Para que haja a obtenção do enriquecimento à custa de outrem, não se faz necessária uma correspondência entre o empobrecimento de uma pessoa e o enriquecimento de outra. Reputa-se configurado o locupletamento sem causa exclusivamente a partir da perspectiva do enriquecimento, bastando que este derive de um fato imputável a pessoa diversa do enriquecido.⁴⁶

Embora haja vozes em sentido contrário,⁴⁷ esse entendimento parece correto uma vez que o enriquecimento sem causa não tem a pretensão de reparar o empobrecimento, indenizando a vítima de um dano, tarefa de que se incumbe a responsabilidade civil, tampouco de restituir as partes ao estado anterior, como na decretação de uma nulidade. Sua pretensão restringe-se a entregar uma vantagem a quem ela de direito pertença.⁴⁸

Finalmente, o terceiro requisito é a inexistência de causa justificativa do enriquecimento. A conceituação do que seja a causa – ou a falta de causa – legitimadora de um enriquecimento é, sem dúvida, o assunto que mais gera controvérsia entre os especialistas. É consentido, porém, que a *causa de atribuição patrimonial*,⁴⁹ que confere legitimidade a um

⁴⁶ Cf. NEGREIROS, 1995, p.798-802.

⁴⁷ Lopes afirma que “a noção de enriquecimento sem causa, além de exigir, de um lado, a existência de um enriquecimento, e, de outro, a de um empobrecimento, impõe, ainda, um terceiro elemento: a união desses dois elementos vinculados por força de uma relação de causa e efeito”. (LOPES, *apud* NEGREIROS, 1995, p.800).

⁴⁸ KONDER, 2003, p.18. É por isso que Varela afirma que a desnecessidade de uma relação de causalidade direta entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro está intimamente ligada à doutrina da destinação dos direitos absolutos (VARELA, 1999, p.199/200).

⁴⁹ A expressão é de Orlando Gomes, que explica que “para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.251).

enriquecimento, não se confunde com a causa exigida para a validade dos negócios jurídicos, entendida como sendo o conjunto de efeitos típicos do negócio. Trata-se de um tipo peculiar de causa.

Na busca da definição de um significado próprio para a causa justificadora de um locupletamento, caminha a doutrina no sentido de concebê-la como uma fórmula geral de reprovabilidade com relação aos princípios do sistema.⁵⁰ A justificação do enriquecimento é concedida pelo ordenamento jurídico lido sistematicamente.⁵¹ Em outras palavras, para ser considerado sem causa, basta que seja o enriquecimento reprovável pelos princípios do sistema.⁵²

Seja qual for o conceito de causa que se queira adotar, é seguro deduzir que o locupletamento causado pela cominação de *astreinte* no processo civil carece de legitimidade. Isso porque não existe um fato ou uma relação que, com base nos princípios do sistema jurídico, justifique que seja o demandante o titular da quantia arrecadada a título de multa coercitiva. Uma vez que o ordenamento já lhe assegura o direito à reparação integral de todo e qualquer dano que lhe cause a parte ré, não encontra fundamento nos princípios que informam o sistema jurídico a premiação do credor com o montante decorrente da multa.

A despeito de já estar, a esta altura, evidenciada a falta de título legítimo para esse enriquecimento do autor da ação, convém tecer alguns comentários concernentes ao conceito de *causa justificativa*. É que muitos autores, insatisfeitos com a indeterminação do conceito de causa acima exposto, procuram especificar diferentes causas que podem servir de justificadoras do enriquecimento. Nesse esforço, ao lado dos negócios jurídicos, não raro é a lei mencionada como causa capaz de justificar um dado enriquecimento.⁵³

A digressão se justifica porque, sendo verdade que a lei supre a falta de causa, poder-se-ia argumentar que o problema do enriquecimento sem causa gerado pela *astreinte* não teria solução diante do direito posto. Seria dizer: como, segundo o sistema processual vigente, a multa favorece o credor, não há que se falar em enriquecimento sem

⁵⁰ KONDER, 2003, p.20.

⁵¹ KATAOKA, 2000, p.104. Segundo o autor, " não se logrou encontrar ninguém, salvo no direito alemão, que modernamente sustente o contrário" .

⁵² NEGREIROS, 1995, p.806-7. De fato, trata-se de um conceito extremamente aberto. A autora explica, porém, que a definição do que seja a ausência de causa justificativa não comporta enunciação unitária, genérica e apriorística, dependendo sempre das circunstâncias específicas do caso concreto.

⁵³ Como exemplo, tome-se a posição de Noronha: " Olhando a questão do lado do 'empobrecido', pode-se dizer que este não poderá exigir a remoção do enriquecimento registrado no patrimônio do beneficiado, que terá título justificativo para detê-lo [...] se é a lei que reconhece ao beneficiado o direito de ficar com o valor patrimonial acrescentado ao seu patrimônio, como acontece na aquisição da propriedade por usucapião e na extinção de dívida por prescrição" (NORONHA, 1991, p.69).

causa porque a própria lei (*lato sensu*) serve de causa justificativa para o seu locupletamento.⁵⁴

Mas é fundamental perceber que não há previsão legal no direito brasileiro estabelecendo que o autor da ação seja o beneficiário da multa arrecadada. Na falta de previsão específica, alguns autores procuram embasar a titularidade da quantia resultante da *astreinte* em outros dispositivos legais. Marinoni aduz que “o art. 461 afirma em seu § 2º que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, o que leva à conclusão de que a multa é devida ao autor e não ao Estado.”⁵⁵ Já Guerra alude ao art. 601 do CPC para concluir que, por analogia, os valores devem ser revertidos ao credor.⁵⁶ Porém, segundo Amaral, ambos os esforços reputam-se insatisfatórios: o primeiro porque o fato de a indenização se dar sem prejuízo da multa não estabelece que ambas terão o mesmo destinatário (vide art. 14 do CPC); e o segundo porque “do fato de não existir fundamento lógico-jurídico a justificar que o credor da execução tenha direito à importância arbitrada nas duas circunstâncias não decorre que se reconheça tal direito ao credor.”⁵⁷

Nesse contexto, a despeito de ser inquestionável na jurisprudência a titularidade do autor da ação, parece perfeitamente sustentável que os dispositivos normativos pertinentes à *astreinte*, interpretados de forma lógico-sistemática, conduzam à conclusão de que a quantia dela resultante não pode servir de fonte de lucro para o credor. Em outras palavras, à luz da já esmiuçada natureza jurídica do instituto, não incidiria em ilegalidade uma decisão judicial que, conferindo à multa uma destinação distinta da que lhe vêm dando os Tribunais, elegesse como seu titular algum ente público dotado de legitimidade.⁵⁸

Tarefa ainda mais ousada – que o presente ensaio não poderia ter a pretensão de enfrentar – consiste na qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio constitucional implícito. Elevado à sede constitucional, o princípio poderia servir de fundamento, até mesmo, para a invalidade de norma que destinasse expressamente a titularidade da multa arrecadada ao credor.

Ante o exposto, parece demonstrado que a reversão do crédito da *astreinte* ao demandante da ação judicial propicia a este um enriqueci-

⁵⁴ Daí por que alguns autores franceses afirmam que o enriquecimento em questão, embora possa ter causa, é certamente injusto: “*on reproche avec raison à l’astreinte de procurer à son bénéficiaire un enrichissement, sinon sans cause au sens propre du terme (puisque’il y a un jugement), du moins injuste*” (CHABAS, F. *apud* GUERRA, 1999, p.123).

⁵⁵ MARINONI, *apud* AMARAL, 2004, p.193.

⁵⁶ GUERRA, 1999, p.210.

⁵⁷ AMARAL, 2004, p.194.

⁵⁸ Lopes da Costa, na vigência do CPC de 1939 e em honrosa exceção entre os doutrinadores, propugnava pela reversão da multa para o Estado: “A quem pertence a multa compulsória? [...] É outra pergunta a que o legislador não responde. [...] No direito alemão, a multa é do Fisco [...]. Penso que essa também deve ser a nossa solução, no silêncio do Código. O credor não tem título algum a recebê-la” (LOPES DA COSTA *apud* GUERRA, 1999, p.208-9).

mento sem causa. Outrossim, arriscou-se afirmar que, de acordo com os princípios que informam o sistema jurídico, não se afigura incompatível com as normas processuais vigentes a reversão da *astreinte* arrecadada para algum fundo público. Para corroborar esta assertiva, far-se-á uma análise das funções que o princípio que veda o locupletamento injustificado têm desempenhado no ordenamento brasileiro consoante o entendimento jurisprudencial.

3.3 A vedação ao enriquecimento sem causa como um princípio

Já foi dito na introdução deste capítulo que o repúdio ao enriquecimento sem causa é reconhecido como um princípio geral de direito nos sistemas de matriz romano-germânica. A qualificação de um princípio geral de direito deriva, conforme a tradição da Ciência do Direito, da constatação de que o valor correspondente àquele princípio encontra-se generalizado no ordenamento. Assim, as manifestações concretas do acolhimento da teoria do enriquecimento sem causa justificam a sua identificação como um princípio do ordenamento jurídico. Sobre a origem dessa qualificação, Kataoka comenta que:

Foi a doutrina francesa, em face das grandes injustiças causadas pelo posicionamento tipicamente Exegeta de ler o código como um amontoado de regras, que cunhou a doutrina de um princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa a partir das normas de proibição a tal acontecimento expressas naquela legislação. Após o clamor doutrinário, em decisão histórica, a Cassação francesa adotou, fazendo ver o dia um rio que se pensou para sempre subterrâneo, o princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa.⁵⁹

Entre nós, os principais estudos já realizados acerca da aplicação desse princípio pela jurisprudência comprovam que a vedação ao enriquecimento sem causa não é aplicada apenas de forma subsidiária ou supletiva. Isso significa que a invocação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa não se dá apenas nas hipóteses em que o juiz necessita colmatar lacunas na lei, i.e., como último recurso de integração do direito na forma aparentemente sugerida pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.⁶⁰

Após minuciosa pesquisa acerca da vedação ao enriquecimento sem causa como princípio nos Tribunais Superiores pátrios, Kataoka detectou seu uso não apenas de forma supletiva, atribuindo-lhe também função diretiva e hermenêutica.⁶¹ Esclarece o autor que o sentido diretivo

⁵⁹ KATAOKA, 2000, p.94.

⁶⁰ “ Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” .

⁶¹ KATAOKA, 2000, *passim*.

de um princípio manifesta-se quando o mesmo serve de premissa maior em uma argumentação jurídica, depois de devidamente concretizado pelo intérprete, tendo igualmente o condão de afastar a aplicação de normas com ele incompatíveis. Diz-se que possui um caráter normogênico na medida em que inspira as normas emanadas do sistema. Sendo uma norma inerente ao ordenamento e condição para seu funcionamento, a concreção do princípio é feita tanto pelo legislador quanto pelo juiz. Em ambos os casos, deve haver uma ponderação com os demais princípios que porventura se conflitem, de acordo com o princípio da proporcionalidade. A assertiva de que o princípio que veda o enriquecimento sem causa exerce função diretiva é demonstrada pelo autor por meio de diversos acórdãos das mais altas Cortes do país, bem como de abstrações que evidenciam que se trata de um princípio imprescindível ao funcionamento do sistema

Já a função hermenêutica é exercida pelo princípio quando este indica qual é o direito aplicável em uma determinada situação ou ajuda a concretizar uma norma ou conceito carecido de preenchimento. Exemplo nítido é a aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa para se reduzir o *quantum* da indenização por dano moral, o que também se observa relativamente à *astreinte*. Para o presente artigo, o sentido hermenêutico do princípio sob análise é relevante porque funciona como mandamento para o intérprete da lei, que pode deparar com a necessidade de escolher um entre seus possíveis significados.

Com efeito, a utilização *contra legem* da vedação ao enriquecimento sem causa denota que se trata de um daqueles princípios que conferem ao ordenamento um nexo de sentido, na expressão de Larenz, sendo indispensável à unidade axiológica do sistema. É reconhecido, pois, como entidade normativa superior às normas não principiológicas.⁶² Entretanto, é polêmica a qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio constitucional implícito. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a reconhecer, para justificar sua aplicação contra texto expresso de lei, a existência de uma garantia constitucional implícita vedadora de enriquecimento sem causa.⁶³ Em que pese a relevância da discussão, não é esta a proposta para a qual os esforços são aqui despendidos.

Desse modo, pelo que se expôs ao longo do presente capítulo, é preciso reconhecer que a vedação ao enriquecimento sem causa é um

⁶² NEGREIROS, 1995, p.841.

⁶³ Como exemplos de acórdãos da Corte Constitucional que consagram a normatividade constitucional do princípio, destacam-se os seguintes, relatados pelo Min. Marco Aurélio: (i) STF, 2ª T., RE 117.787/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16/04/1991, DJ 13/09/1991, p.12490; (ii) STF, 2ª T., AI 182.458 Agr/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 04/03/1997, j. em 04/03/1997, DJ 16/05/1997, p.19960; (iii) STF, 2ª T., RE 141.298/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/05/1996, DJ 18/06/2001, p.12). Em sentido contrário: (i) STF, 1ª T., AI 122.894 AgR, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/12/1987, DJ 08/04/1988, p.7484) e (ii) STF, 1ª T., RE 220.542/SP, Rel. Min. Moreira Alves.

princípio implícito do sistema jurídico, sendo-lhe ou não atribuída hierarquia constitucional. Ademais, parece inequívoco que o favorecimento do credor com o recebimento da multa coercitiva arrecadada no processo viola o referido princípio. Logo, as disposições pertinentes do Código de Processo Civil, interpretadas conforme os valores inerentes ao sistema jurídico, orientam a que o juiz não aplique a multa em benefício do credor.

Conclusão

Procurou-se evidenciar, neste artigo, os problemas que a reversão da *astreinte* arrecadada no processo civil para o credor faz repercutir no plano do direito substancial. Sendo assim, após uma visão crítica do objeto estudado, sugerem-se alguns prognósticos com base nas informações articuladas. Não se tem a pretensão de solucionar a problemática, senão apenas de propor projetos coerentes com as premissas aqui desenvolvidas.

Buscando tratar o mal pela raiz, podem ser vislumbrados outros modelos para a destinação das medidas de coerção patrimonial que guardam compatibilidade com as necessidades do direito material. Esses modelos dividem-se em dois grupos:

a) aqueles que revertem a totalidade da quantia arrecadada para o Estado ou para algum fundo público;

b) aqueles que reservam uma parcela dessa quantia à parte adversa da relação processual, conferindo destinação distinta à parcela restante.

A maior referência do primeiro grupo é, sem dúvida, o sistema alemão das *Zwangstrafen*, que constituem medidas coercitivas pecuniárias destinadas integralmente ao Estado. A solução é perfeitamente coerente com a natureza jurídica dos meios coativos judiciais e parece adequada aos valores que informam o sistema pátrio, conforme sustenta Barbosa Moreira:

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.⁶⁴

Na contramão do entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritários, sustentou-se neste artigo que a reversão da quantia resultante da *astreinte* para algum ente dotado de legitimidade, beneficiando um número maior de pessoas, parece resultar da melhor interpretação dos dispositivos legais que tratam da matéria, lidos de forma lógico-sistemática. Afinal, a vedação ao enriquecimento sem causa, conforme jurisprudência das cortes superiores brasileiras, é um princípio de função

⁶⁴ MOREIRA, *apud*. SPADONI, 2001, p.505.

hermenêutica que, nessa condição, deve indicar ao intérprete o sentido da norma a ser escolhido.

Não obstante, é importante destacar aqui os principais argumentos invocados na doutrina para rebater a solução proposta. Em suma, argumenta-se que a reversão da *astreinte* para o Estado comprometeria a eficácia coercitiva da medida, seja porque a iniciativa executiva dos órgãos públicos não seria tão ágil quanto a do particular,⁶⁵ seja porque “as *astreintes* passariam a ser ineficazes quando aplicadas contra o próprio Estado.”⁶⁶

Parece questionável, no entanto, a assertiva de que a vinculação da atuação concreta da multa à iniciativa de órgãos públicos reduziria a força intimidadora da medida a ponto de torná-la inócua. Ademais, poder-se-ia mitigar o enfraquecimento da *astreinte* atribuindo-se legitimização extraordinária para sua execução ao autor da ação.⁶⁷

Quanto à situação em que o Estado seria, ao mesmo tempo, obrigado e beneficiário da multa, tal problema pode ser solucionado por meio da reversão da multa para um fundo distinto na hipótese de ser o réu um órgão da Administração Pública⁶⁸ ou, ainda, por meio de previsão legal para que a mesma seja suportada pelo próprio agente administrativo responsável pela incidência da multa.⁶⁹

A despeito das ponderações em contrário, permite-se apontar a destinação do crédito da *astreinte* para os cofres públicos como um caminho mais apropriado ao sistema jurídico por diversas razões. Primeiro, porque, ainda que analisada superficialmente, não parece convincente a tese de que a solução tornaria sem efeito a medida coercitiva. Em segundo lugar, pela gravidade das repercussões ditas materiais vista neste artigo. O terceiro motivo, embora de cunho mais político que

⁶⁵ “A aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido” (TALAMINI, 2001, p.258).

⁶⁶ AMARAL, 2004, p.202.

⁶⁷ A sugestão é feita por Guerra, mas o autor ressalva que: “para que o credor gozasse dessa legitimidade, ela, por ser extraordinária, necessitaria ser-lhe atribuída por expressa determinação legal” (GUERRA, 1999, p.209). Talamini contra-argumenta aduzindo que “a simples atribuição de legitimidade extraordinária para o autor executar a multa, caso essa fosse destinada ao Estado, não bastaria” (TALAMINI, 2001, p.258).

⁶⁸ “Não parece que o fato de o Estado poder ser o próprio devedor da multa possa se constituir em argumento favorável à tese de que a soma resultante da sua aplicação deva ser dirigida ao autor. Nesse caso, que é exceção, basta que se preveja o encaminha-mento da multa para um fundo. Lembre-se que no direito francês o *Conseil d’État* pode impor a *astreinte* contra as pessoas jurídicas de direito público e, ao mesmo tempo, determinar que parte de seu montante seja atribuída *au fonds d’équipement des collectivités locales*” (MARINONI, *apud* AMARAL, 2004, p.203).

⁶⁹ Amaral observa, com razão, que esta solução representaria uma série de problemas concernentes à quantificação da multa, o que poderia comprometer sua eficiência (AMARAL, 2004, p.204).

técnico, está no proveito social que tais recursos produziriam à coletividade, atendendo ao princípio da solidariedade. E, por derradeiro, porque o direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada.

Sendo a razão de ser do processo assegurar a integridade da ordem jurídica, é forçoso concluir que os aspectos fundamentais do direito processual sejam modelados à luz da relação jurídica material. É o que constata Bedaque, defendendo uma aproximação entre direito e processo:

As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo.⁷⁰

Desse modo, parece inadmissível que o uso de um instituto de direito processual importe natural e inevitavelmente no enriquecimento injustificado do credor. Da mesma forma, é igualmente intolerável que uma medida coercitiva dê margem a confundir-se com a reparação de danos moratórios, desprezando-se, com isso, a orientação fornecida pelo direito material para quantificar a indenização devida.

Se é verdade que a proposta em exame – reversão da multa para o Estado – implicaria a redução da força coercitiva da medida, seria o caso, então, de se buscar meios para impedir a verificação deste desdobramento, ao invés de se preferir um modelo que gere graves implicações na relação material trazida a juízo, sob pena de se subverter a lógica instrumentalista do processo.⁷¹ Dito isso, passa-se a aludir ao segundo grupo de modelos de destinação da medida de coerção patrimonial acima referido. Trata-se de reverter apenas uma parte da multa para o credor.

De acordo com o exame crítico empreendido ao longo deste trabalho, conclui-se que a fórmula ideal – *de lege ferenda* – para o problema residiria neste segundo grupo. Tratar-se-ia de criar um mecanismo capaz de reservar o crédito da multa para uma posterior cognição dos danos

⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.13.

⁷¹ É justo que se exponha aqui a conclusão contrária de Amaral: “ assim, reconhecendo não haver fórmula perfeita para a sistemática das *astreintes*, eis que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinados casos o enriquecimento injusto, é de ser mantida a sistemática atual. Conforta-nos, neste particular, a lição do saudoso Pontes de Miranda: ‘O jurista do direito material é um homem que ingenuamente crê em que as sentenças serão, todas, justas, em que a aplicação corresponde sempre, em toda a sua extensão, à incidência. Mas essa ingenuidade ele a herda do legislador do direito material – essa ingenuidade não a tem o legislador do direito processual, que legisla já ciente da discórdia e da imperfeição humanas. A velha antinomia do abstrato e do concreto, da irracionalidade irreduzível, do contínuo e do descontínuo, da lei e da vida” (AMARAL, 2004, p.204-5).

sufridos pelo credor. A multa seria executada pelo credor e ficaria depositada em juízo, como garantia de eventual indenização, podendo ser por ele levantada somente se e quando comprovados seus danos, no exato limite da extensão destes. Bastaria, para tanto, um procedimento cognitivo simples voltado à demonstração do dano e do nexo de causalidade, sendo a parcela excedente revertida ao Estado ou a algum fundo público. A proposta não afetaria a relação material, otimizaria a prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, não comprometeria a eficácia da *astreinte*.

Não se tem conhecimento, todavia, de nenhum ordenamento que tenha desenvolvido um modelo nesses moldes. E é evidente que tal fórmula necessitaria de uma disciplina legislativa para que pudesse ser aplicada em nossos Tribunais. Não poderia resultar, assim, de uma interpretação das normas processuais vigentes, ao contrário do que se defendeu relativamente à proposta de conversão da multa, em sua integralidade, para o Estado ou para algum fundo público.

Referências

- ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 46, n. 259, maio 1957.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. VI
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CERVEIRA, Fernanda Pessoa. **Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 44, p.141-167, out./dez. 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paulo Capitanio e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v.I.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7.ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p.54-81, 1993.
- ESMEIN, A. Jurisprudence em matière de Droit Civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil, tome cinquante-huitième**, Paris, Sirey, 1960.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FRIAS, J. E. S. A *astreinte*, do direito estrangeiro ao brasileiro. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, ano IV, n. 14, 2º trimestre, p.11/20, 1982.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO, Leonardo. **Tutela específica após a Lei 10.444/02**. Rio de Janeiro. Manuscrito – no prelo, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, n. 65, 1995.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**: teoria general de las obligaciones. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. t.II, v. I.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio**: sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito Civil à Comissão Julgadora da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa**. Monografia de conclusão de curso da disciplina Teoria Geral do Direito Civil II, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Civil, UERJ, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1968.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. Oitava série.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 55, n. 3, p.757-845, dez. 1995.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, v. 15, n. 56, p.51-78, abr./jun. 1991.

NUNES, Antônio de Pádua. **Da cominação de multa diária**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2004, n. 266, p.22-8.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: de acordo com a Constituição de 1988. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français: Obligations**. 2.ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. Tome VII.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. São Paulo: RT, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999. vol. II.