

A TUTELA COMINATÓRIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O processo como instrumento de efetividade. 3. Efetividade processual da ação cominatória. 4. O preceito cominatório. 5. Tutela antecipada e tutela específica. 6. Tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer. 7. Efetivação judicial do dever de fazer ou de não fazer. 8. A multa diária – *astreinte*. 9. O valor da multa e sua forma de fixação. 10. A *astreinte* no Estatuto da Criança e do Adolescente. 11. A *astreinte* no Direito de Família. 12. A ampliação do espectro de ação da *astreinte* no campo do Direito de Família. 13. Bibliografia.

1. Introdução.

Desde a época em que prevalecia num mundo muito pouco informado, a atuação autodefensiva dos direitos subjetivos, até a civilização que inicia a caminhada temporal do terceiro milênio, tem sido fantásticas e muitas vezes indescritíveis, as mudanças científicas, sociais e jurídicas sentidas por significativa parcela do tecido social que habita esse planeta Terra, cujas distâncias e espaços, vem paulatinamente encurtando.

Fala-se de um mundo globalizado, da célere informação virtual e de uma comunicação que precisa ser dinâmica, ágil e eficiente, pois nesse mundo altamente competitivo, podemos ser atropelados por máximas filosóficas que mensuram o tempo por um equivalente em dinheiro e não fazer nada, ou perder tempo fazendo algo que

* Advogado especializado em Direito de Família e Professor de Direito de Família.

poderia ser realizado em menor duração, pode nos deixar para trás, enquanto os outros avançam.

Lembra José Rogério Cruz e Tucci¹ que nosso Estado contemporâneo tem por escopo a manutenção da paz social, impondo normas regulando a nossa conduta social. Violada a ordem social, quem se diz prejudicado, dispõe dos tribunais para buscar o amparo de seu direito que aventa ter sido lesado e para o desenvolvimento desse mecanismo de correção controlada do litígio, o Estado confere ao Judiciário a incumbência de declarar quem tem razão.

2. O processo como instrumento de efetividade.

O processo é o instrumento destinado à atuação da vontade da lei, devendo ser desenvolvido mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional emergja realmente oportuna e efetiva, afirma José Rogério Cruz e Tucci.² É essencial que a prestação jurisdicional não tarde, porque de nada serve processo com duração demasiada, pois como arremata o José Tucci, os direitos subjetivos dos cidadãos devem ser providos da máxima garantia social, com o mínimo sacrifício da liberdade individual, e, ainda, com o menor dispêndio de tempo e energia.³ Isso porque estamos impregnados da máxima filosófica que associa nosso tempo ao dinheiro, limitando o espaço e a extensão dos nossos relacionamentos pessoais e reduzindo sensivelmente, a nossa capacidade de tolerância. Basta observar que andamos no encalço da praticidade dos nossos relacionamentos e, ávidos pelas novidades tecnológicas da informática, nosso precioso companheiro, dele exigimos que nos dê acesso rápido às informações e à comunicação virtual.

Fácil compreender, portanto, porque ansiamos cada vez mais, por processos que abreviem com a maior celeridade possível, o tempo da lesão do direito até a sentença.⁴ A demora do processo aumenta os custos e pressiona os que são

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, RT, São Paulo, 1997, p.23.

² TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., p.27.

³ Idem, ob. e p. cit.

⁴ RÚA, Fernando De la. *Procesos lentos y reforma urgente*, in *Proceso y justitia*, Buenos Aires, Lea, 1980, p.227, *apud* José Rogério Cruz e Tucci, conforme obra citada, p. 27.

economicamente mais debilitados, servindo a sua angústia para um forte sentimento de descrença da justiça e uma tendência em aceitar acordos por valores inferiores à pretensão inicialmente deduzida, quando não terminam por abandonar suas causas e seus advogados, pela demora exagerada do processo que costuma ser pródigo em desenvolver uma exaustiva cognição. Exatamente por esses motivos, é que não foge à sensibilidade daqueles que operam diretamente com o direito, sendo portanto, digno de encômios, o recente conjunto de reformas procedidas no processo civil brasileiro, para aproximar o jurisdicionado, o mais rápido possível, da almejada efetividade da tutela jurisdicional. É antes de mais nada, como pontua Paulo Lucon,⁵ um dever estatal de apreciar as lesões e ameaças a direitos, de modo eficaz e no menor espaço de tempo possível, “*sob pena de consagrar a total falência dos padrões eleitos de convívio social e das instituições que compõem o Estado democrático de direito.*”

A Comissão Revisora do Código de Processo Civil brasileiro, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, informou ser um dos objetivos das mini revisões procedimentais, “*localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade.*”

Carreira Alvim qualificou esse estágio onde sucederam importantes mudanças na processualística brasileira, como uma imposição dos novos tempos, no caminho da pacificação dos contendores.⁶ Humberto Theodoro Júnior⁷ informa ter sido a tarefa da Comissão Revisora afastar os embaraços que comprometiam o ideal contido nos princípios de economia e de efetividade do processo.

É porque o excessivo tempo processual tem sido o crônico dilema e o mais angustiante obstáculo na crença e busca do Judiciário para obtenção da prestação jurisdicional, sustenta Athos Gusmão Carneiro,⁸ ser preciso impor procedimentos menos complexos, na medida em que aumenta o grau de evidência das pretensões de direito material. Enquanto Cândido Dinamarco⁹ acrescenta com igual propriedade

⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, RT, São Paulo, 2.000, pp.181-182.

⁶ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p.25.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1995, p.2.

⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p.8.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, São Paulo, 1995, p.30.

jurídica, que as reformas permitiram uma justiça mais rápida e mais efetiva, livrando o jurisdicionado de pirotécnicas construções conceituais, deitadas na processualística brasileira até então viciada por um princípio que ignorava que o processo deve estar voltado muito mais para servir a quem tem direito e menos a quem embaraça esse direito. Buscar a efetividade, é buscar os mecanismos de resultados, é estar na direção da concreta realização do direito e não apenas na mera declaração jurídica desse direito. Reformas que olham partes e processo, sob o prisma da rapidez da demanda, em detrimento do exacerbado formalismo a que as partes geralmente são levadas a percorrer até a morosa sentença.

Criando a tutela diferenciada para conceder a proteção do direito material, antes de exaurida a plena cognição de um extenuante processo ordinário, através das novas técnicas processuais identificadas pela modalidade da tutela antecipada do artigo 273 do CPC e da tutela inibitória do artigo 461 do mesmo Diploma Adjetivo Civil, foi que o legislador deu um importante passo para o processo brasileiro melhor cumprir os seus objetivos, de há muito cunhado com o *slogan* de Giuseppe Chiovenda de que: “*na medida em que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.*”¹⁰

3. Efetividade processual da ação cominatória.

Na rota das diversas reformas acrescidas ao vigente sistema processual, dentre outras, merecem aplausos a Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, que integrou no processo brasileiro a ação monitória e dentro desse espírito da maior agilidade da prestação jurisdicional, a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que cuidou de alterar dispositivos do processo de conhecimento e do processo cautelar, particularmente no tocante à tutela antecipada e à tutela inibitória, uma e outra, reguladas respectivamente, pelos artigos 273, incisos I e II e seus parágrafos e 461, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do Diploma Adjetivo Civil. São tutelas objetivando garantir ou apressar o cumprimento de direito

substancial, onde a tutela inibitória tem por finalidade, impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, escreve Luiz Guilherme Marinoni.¹¹ A inibitória não pode ser confundida com a tutela ressarcitória dirigida à reparação do dano, ela funciona, complementa Marinoni,¹² *“basicamente, através de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva. Este fazer ou não fazer deve ser imposto sob pena de multa, o que permite identificar o fundamento normativo desta tutela nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.”*

Principalmente, buscando através de condenações pecuniárias aplicadas pelo juiz, com a intenção de vencer uma histórica resistência do devedor recalcitrante, pois como explica Antônio Jeová Santos,¹³ não é possível compelir fisicamente o devedor, nem é possível utilizar a violência para compeli-lo ao cumprimento do que se comprometeu, gerando desse modo, na obrigação infungível, a obrigação de indenizar por perdas e danos, ou se possível, porque o fato é fungível e não depende da especial habilidade daquele que se obrigou, mandar executá-la por terceiro, para posterior débito do devedor.

Como o ordenamento jurídico brasileiro não impunha ao obrigado um meio coativo de cumprir ao que se obrigara, usualmente o credor ficava ao inteiro desabrigo de qualquer meio hábil de proteção do direito ajustado em obrigação de fazer e de não fazer, precisando assim, se conformar diante do inadimplemento, com a sua execução por terceiro, a qual precisa adiantar o pagamento da tarefa para depois cobrá-la do devedor recalcitrante ou se ver compensado pela indenização por perdas e danos. Segundo Teori Albino Zavascki¹⁴ *“ não havia em nosso ordenamento processual mecanismo que inibisse, satisfatoriamente, o evento lesivo. Ao credor ameaçado apresentava-se como alternativa única buscar tutela mediante sentença de natureza condenatória, que, quando proferida, após toda a liturgia de uma ação de conhecimento, provavelmente já seria inútil, pela anterior consumação da ofensa.”*

Ao introduzir no processo brasileiro tutelas específicas como a cominatória, o legislador arrefeceu bastante, o excessivo formalismo até então em vigor e temperou bem ao gosto da necessária efetividade, o real sentido do princípio constitucional do acesso à justiça.

¹⁰ Citado por Paulo Henrique dos Santos Lucon, ob. ind., p.277.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, RT, São Paulo, 1998, p.26.

¹² Idem, ob. cit., p.29.

¹³ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. *A tutela antecipada e execução específica*, Copola Editora, Campinas, 1995, p.36.

4. O preceito cominatório.

O preceito cominatório antes das atuais reformas que trouxeram para o processo brasileiro a tutela inibitória do artigo 461, era iluminado e com outra intensidade de luz, apenas pelos artigos 287, 644 e 645 do Código de Processo Civil. Para Severino Muniz¹⁵ a cominação da pena pecuniária do artigo 287 do CPC era restrita às obrigações de fazer ou de não fazer infungíveis, ou seja, sempre que não fosse possível debitar a terceiro a realização da obrigação. É que sendo fungível a prestação, pode o credor executá-la, ainda que contrariamente à vontade do devedor, utilizando-se, para tanto, dos serviços de terceiros e ficando o devedor responsável pelos respectivos gastos. Sendo infungível a obrigação a ser prestada, a recusa ou demora do devedor importam sua conversão em perdas e danos. Entretanto, adverte Athos Gusmão Carneiro em artigo escrito em tempo anterior às reformas processuais, prever o Código, expressamente, a utilização de multa diária para compelir o devedor a realizar a prestação de fazer ou de não fazer, desde, porém, que a cominação tenha sido objeto de condenação na sentença que julgou a lide, no processo de conhecimento.¹⁶

Portanto, contrariamente ao sistema hodierno, a tutela inibitória da pena pecuniária estava posta somente à serviço do demandante que fora vitorioso na ação de conhecimento, valendo-se da procedência do decreto judicial que cominara multa diária, para vencer ensaio de recalcitrância do derrotado devedor, mas, privando o credor de operações processuais mais práticas e efetivas, que atualmente, permitem a obtenção adiantada do resultado material ou econômico perseguido pela ação judicial.

Considerando que o art. 287 do Código de Processo Civil apenas possibilitava que na inicial fosse pleiteado o estabelecimento de multa para o descumprimento da sentença e não em decisão liminar ou interlocutória, é que José Carlos Barbosa Moreira¹⁷ chamava exatamente a atenção para a pouca eficácia de uma tutela inibitória relegada ao plano de exaustão do processo de conhecimento, pontuando que seria fácil

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*, In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, São Paulo, 1997, p.463.

¹⁵ MUNIZ, Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1983, p.48.

¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Das astreintes nas obrigações de fazer fungíveis*, AJURIS, n.º 14, p.126.

assistir o risco da lesão material consumir-se na pendência do processo diante da fatalidade do tempo que se escoaria entre a demanda e o julgamento da causa, mesmo em condições normais de funcionamento da máquina judiciária. E recomendava por pesquisa do direito processual que conhecia técnica própria para acudir emergências, que fosse autorizado o órgão judicial em certas hipóteses, a antecipar a prestação da tutela, que normalmente reclamaria a sentença definitiva, por meio de uma ordem dirigida ao réu com a necessária antecedência, para que se abstinésse da temida atividade lesiva.

Luiz Guilherme Marinoni reputa a precedente tutela cominatória do artigo 287 do CPC, como sendo completamente inidônea para garantir uma efetiva tutela jurisdicional preventiva,¹⁸ pois a multa só seria devida se descumprida a sentença, concluindo José Carlos Barbosa Moreira que “*a partir dessa constatação melancólica*”, fazia-se oportuno convocar os estudiosos a restaurar a dignidade da ação cominatória.¹⁹

E na esteira desta localização de suplementos jurídicos, de auxílio e instrumento à estabilidade das decisões judiciais, por certo coloca-se o preceito cominatório regulado pelo artigo 287 e mais especialmente pelo artigo 461 do CPC.²⁰

Sanções cominatórias constituem uma imposição de caráter pecuniário diz Carreira Alvim²¹ e conclui: “*destinadas a atuar sobre a vontade da parte que resiste a cumprir um dever imposto por uma decisão judicial, cujo valor é fixado com base na capacidade econômica do obrigado, à razão de tanto por dia, ou outro período, no atraso do cumprimento da obrigação.*”

O preceito cominatório não tem em mira compor o ressarcimento dos prejuízos, mas sim obter, coercitivamente, o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer fungível ou infungível. Busca atuar diretamente sobre a vontade da pessoa obrigada, estimulando a execução específica da sua obrigação, já que toda a condenação só pode produzir efeitos se acatada pelo devedor. Figura a pena pecuniária como um elemento de apoio ao convencimento do obrigado relutante, que passa a sofrer uma pressão psicológica pela imposição de multa medida pelo tempo de sua voluntária resistência em cumprir com a sua obrigação.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, In Temas de direito processual (segunda série), Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988, pp.36-37.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória*, ob. cit., p.55.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, In Temas de direito processual (segunda série), Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988, p.29.

²⁰ MADALENO, Rolf. *Ação cominatória no Direito de Família*, In Direito de Família, aspectos polêmicos, Livraria do Advogado Editora, 1ª ed., Porto Alegre, 1998, p. 14.

²¹ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, ob. cit., p.109.

5. Tutela antecipada e tutela específica.

A tutela antecipada do artigo 273 do CPC não se confunde com a tutela cautelar, embora não se possa perder de vista que a expressão tutela se estende a todos os provimentos jurisdicionais emitidos no curso do processo, quer seja liminar ou não, e que importem em resultados concretos favoráveis a alguma das partes.²²

Segundo dispõe o art. 273 do CPC, *o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial e de modo idêntico, observa Araken de Assis, “formulando o autor pedido condenatório, com o fito de impor ao réu prestação de fazer ou de não fazer, ao órgão judiciário, além de conceder a tutela específica, na sentença (art. 461, caput), se mostrará lícito prover liminarmente a respeito (art. 461, § 3º), antecipando, igualmente, semelhante tutela.”*²³

Tanto a tutela antecipada quanto a específica, dita inibitória, são aplicáveis ao rito comum, ordinário ou sumário, apenas que a sua apreciação será de cognição sumária, para ser apresentada e apreciada no corpo do próprio processo de conhecimento, sempre que presentes os pressupostos próprios para a sua concessão liminar, antecipando no caso do artigo 273 do CPC, o direito que a parte pleiteia. Na outra ponta dos provimentos de tutela por inibição, estando alguém obrigado a realizar um fato, uma prestação de fazer ou de não fazer e não sendo possível compelir fisicamente o devedor, nem se utilizar de violência para obrigar ao cumprimento do que se comprometeu, tem lugar a tutela judicial específica. Trata-se de tutela antecipada, de provimento jurisdicional de conhecimento, com cognição sumária, relativamente exauriente e de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade, diz Reis Friede.²⁴ Sua finalidade é antecipar a tutela buscada pelo autor em decisão de mérito, mas com a ressalva de ser

²² TALAMINI, Eduardo. *Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art.461, § 3º, do CPC*. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, São Paulo, 1997, p.145.

²³ ASSIS, Araken de. *Antecipação de tutela*, In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, São Paulo, 1997, p.13.

²⁴ FRIEDE, Reis. *Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1995, p.173.

concessão provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Decisão de mérito, explica Antônio Salvador,²⁵ porque julga o pedido e não uma questão interlocutória, mas também não é sentença, por não extinguir o processo e não autorizar recurso de apelação.

Já a tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também, porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equívale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória, deve-se preferência à primeira.²⁶

O traço em comum entretanto, entre a antecipação de tutela do artigo 273 e a tutela específica do artigo 461, ambos do CPC, é que são duas modalidades da chamada *tutela diferenciada*, que tem por escopo, satisfazer uma pretensão de direito material, que de regra só seria concedida no moroso desfecho do processo. Não são preceitos que se fundem, porquanto, integram o âmbito de alcance da tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil, as pretensões embasadas na obrigação de dar coisa certa ou incerta, enquanto que as obrigações de fazer ou de não fazer, compõem o elemento processual de trabalho e incidência da tutela de inibição do artigo 461 do mesmo Diploma Adjetivo Civil.

Em recente monografia relativa aos deveres de fazer e de não fazer, pontua Eduardo Talamini que o “*sistema de tutelas estabelecido a partir do art. 461 não se limita às obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer.*”²⁷ Entende que a tutela específica dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração, sub-entendidos direitos como o da integridade física e psicológica, a liberdade em suas variegadas facetas, como de locomoção, de associação, de crença, empresa, profissão e assim por diante, além de proteger a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade, em todos os seus desdobramentos, quer no âmbito público ou privado. Recorda que a tutela de inibição do artigo 461 também pode ser acionada para coibir condutas tipificadas como crime, porquanto, existirão situações que melhor poderão ser

²⁵ SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da ação monitoria e da tutela jurisdicional antecipada*, Malheiros, São Paulo, 2ª ed., 1997, p.60.

²⁶ Lição integralmente extraída do livro *Tutela Inibitória* de Luiz Guilherme Marinoni, Revista dos Tribunais, ob. cit., p.28.

reprimidas pela tutela jurisdicional civil, do que diretamente pela ação policial. Dentro deste largo espectro de atuação da tutela específica, aparentemente restrita ao campo dos deveres de fazer ou de não fazer do artigo 461 do CPC, encontram-se os direitos contidos no âmbito das relações de família, que importam na prestação de fatos positivos ou negativos, como disso são exemplos o afastamento de cônjuge, respeito à posse provisória, à guarda e à regulação de visitas de filhos.²⁸

6. Tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer.

Obrigação é conceito menos amplo do que dever jurídico. O sentido de dever não se esgota com o cumprimento do ônus, tem vinculação mais larga, distinguindo-se da obrigação que se encerra com o cumprimento do compromisso. A obrigação é apenas uma das categorias do dever jurídico. Vale ilustrar essa distinção técnica no crédito alimentar, quando focado sob o olhar de *dever alimentar* em contraponto à *obrigação alimentar*. O tema já foi esposado noutra passagem doutrinária,²⁹ quando foi abordado existir uma obrigação alimentar entre os parentes de graus mais distantes, como avós e netos ou mesmo entre irmãos, ou mesmo entre cônjuges e unidos estavelmente e por fim, entre pais e filhos já fora da relação de pátrio poder. Entre essas pessoas verifica-se uma obrigação de alimentos limitada à proporcionalidade dos rendimentos do alimentante e a necessidade do destinatário dos alimentos. Não lhes são impostos sacrifícios, pois a obrigação pensional fica atrelada à assistência material estipulada sempre, nos limites das forças dos recursos do devedor alimentar. Entre pais e filhos sob o pátrio poder, por não terem atingido ainda a maioridade civil, a solidariedade familiar é ilimitada e vai ao extremo de autorizar a venda de bens pessoais dos pais alimentantes para o cumprimento integral de convocação especial e emergencial de alimentos *lato sensu*. Amplitude que não se esgota no mero cumprimento da obrigação de dar pensão na proporção do binômio possibilidade e da necessidade, mas que encontra sim, no

²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, RT, São Paulo, 2.001, p.127.

²⁸ Idem, ob. cit., pp.128-129.

²⁹ MADALENO, Rolf. *Alimentos e sua restituição judicial*, In Direito de Família, aspectos polêmicos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1ª ed., 1998, pp.49-50.

texto constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, a requisição de todo e qualquer esforço complementar dos pais para assegurarem a subsistência e sobrevivência da prole ainda posta sobre a sua potestade.

Tocante à natureza de seu objeto, as obrigações são classificadas nas modalidades de dar, de fazer e de não fazer. Diz Everaldo Cambier,³⁰ que as obrigações de dar consistem na entrega (tradição) de alguma coisa móvel ou imóvel pelo devedor ao credor e que se distingue da obrigação de fazer, em razão da preponderância dos atos para a realização da prestação, devendo-se verificar se o dar é ou não consequência do fazer. Se o devedor tiver de confeccionar a coisa para depois entregá-la, a obrigação é de fazer; se, ao contrário, o devedor não tiver previamente de fazer a coisa, a obrigação é de dar.³¹

Dá-se a obrigação de fazer, quando o devedor cumpre a prestação realizando determinado comportamento, consistente em praticar um ato ou fato, que pode ser fungível ou infungível, dependendo da obrigação ser personalíssima ou não. Na obrigação fungível é possibilitado ao credor mandá-la executar por terceiros às expensas do devedor, o que não ocorre na obrigação infungível, que se resolve pelas perdas e danos.

Já as obrigações de não fazer consistem em comportamentos negativos, onde o devedor assume o compromisso de se abster de realizar algo.³² Expostas em seus conceitos doutrinários, quando deslocado o direito das obrigações para o procedimento judicial, a exegese mais ativa convoca a utilização processual em sua mais ampla acepção, encaixar no movimento do artigo 461 do CPC o dever de fazer ou de não fazer, sem limitá-lo ao restrito conceito jurídico de mera obrigação.

³⁰ CAMBIER, Everaldo. *Curso avançado de Direito Civil*, vol. 2, Direito das Obrigações, RT, São Paulo, 2.001, p.49.

³¹ Idem, ob. e p. cit.

³² Ibidem, ob. cit., p.55.

7. Efetivação judicial do dever de fazer ou de não fazer.

Ao longo dos tempos, a resistência do obrigado sempre foi muito respeitada pelo Poder Judiciário, como obstáculo intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou de não fazer. Como o devedor não podia ser coagido fisicamente a cumprir sua obrigação de *facere*, o seu inadimplemento era rotineiramente convertido em indenização por perdas e danos. Antes do advento das reformas processuais, em especial da criação da tutela específica do artigo 461 do CPC, não havia no ordenamento processual brasileiro qualquer mecanismo capaz de inibir com presteza e efetividade, o cumprimento de um dever de fazer ou de não fazer. A finalidade da tutela inibitória ou específica, é de obter o resultado prático que deveria ser produzido pela execução voluntária da obrigação ajustada por lei ou por convenção.

J. E. Carreira Alvim bem apanhou o espírito do qual se impregnou positivamente a tutela inibitória trazida para o processo civil por mutação legislativa do seu artigo 461, ao destacar a especial particularidade daquele dispositivo legal deferir provimento liminar, que não só antecipa ao credor a satisfação da obrigação, mediante sumária cognição, mas, sobretudo, antecipa-lhe os meios coativos que influem na vontade do devedor.³³ Como refere Teori Albino Zavascki,³⁴ o legislador não se limitou a dotar o sistema processual de meios para promover a satisfação específica do titular do direito, mas preocupou-se sobremaneira, em fazer com que a prestação fosse entregue em tempo adequado, mesmo antes da sentença, quando assim fosse necessário para manter a integridade do direito reclamado e não resultasse o processo numa vitória de Pirro. Até porque, o legislador da atualidade, já não mais se compadece em transformar a obrigação pura e simplesmente em perdas e danos. Para atender a ansiosa busca da efetividade processual e sem se descuidar do necessário equilíbrio das partes litigantes, pois o processo não pode ser visto apenas pelo interesse do autor, o legislador criou a cominação de multa pecuniária, dentre outros mecanismos de motivação da vontade do obrigado devedor.

A pena pecuniária busca estimular o cumprimento da obrigação ou, desestimular o seu descumprimento, como técnica de constrição de vontade, que atua sobre a mente e

³³ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de...*, ob. cit., p.44.

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*, ob. cit., p.466.

sobre as finanças ou economias do devedor. Seu único objetivo é pressionar o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória.³⁵

O convite coercitivo ao cumprimento da tutela específica de fazer ou de não fazer, por cominação de multa pecuniária está regulada pelos artigos 287 e 461, parágrafos 2º e 4º, todos do CPC, podendo ser concedida em tutela antecipada, deferida de ofício ou atendendo a requerimento expresso da parte, tanto em obrigação fungível como infungível e sem ser mais preciso aguardar que a sentença final resultasse descumprida na sua distante fase de execução.

Enfim, não sendo viável impor a multa em ação cautelar para conferir impacto à ordem judicial e como o artigo 287 pré-excluiu a sua fixação no correr da demanda, sobrava ao anterior processo brasileiro contar apenas com a intimidação da ação penal do crime de desobediência, de óbvias restrições e dificuldades, especialmente no âmbito do Direito de Família, para onde concentram-se os estudos do trabalho, podendo ser muito bem mensurado o elevado valor instrumental das *astreintes* como tutela jurisdicional voltada para garantir o direito e coibir o ilícito de resistências que na seara familista quebram rapidamente a segurança e a estrutura da célula familiar..

Não convém contudo, deixar passar em branco a advertência levantada por Luiz Guilherme Marinoni³⁶ também destacada por Eduardo Talamini, ao seu tempo e ao seu modo, de que, apesar de a tutela inibitória regulada pelo artigo 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor fazer referência às ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, “*não quer dizer que eles tenham por escopo apenas a tutela das obrigações contratuais na forma específica. Tais artigos podem amparar qualquer direito que possa ser tutelado através de uma sentença que imponha um fazer ou um não fazer, independentemente de o direito a ser tutelado ser um direito obrigacional ou não.*”

E quando aduzem à tutela de qualquer obrigação, acenam para a sua larga aplicação, num Direito de Família ávido por soluções processuais capazes de dar celeridade e estabilidade ao ideal de pacificação familiar, preservando com liminares e mecanismos de intimidação sumária, quaisquer direitos encontrados nas diferentes modalidades obrigacionais.

³⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, RT, São Paulo, 1998, p.117.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, RT, São Paulo, 2.000, p.89.

8. A multa diária – *astreinte*.

As *astreintes* na doutrina de Sérgio Cruz Arenhart,³⁷ citando Roger Perrot, “*são um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações.*” Não passa de um gravame pecuniário imposto por acréscimo ao devedor renitente, como ameaça adicional para demovê-lo a honrar o cumprimento de sua obrigação.

As multas são associadas ao instituto do *contempt of Court*,³⁸ porque o descumprimento de ordem judicial implica numa lesão ao credor e na insubordinação à autoridade judicial, eis que ofendida a autoridade do Estado. Desse modo, para tornar possível a prestação da tutela específica, o legislador conferiu ao juiz poderes para impor multa diária ao réu, indiferente ao expresso pedido do autor, consistente verdadeiramente, de uma sanção processual destinada a desestimular pela coação psicológica do custo financeiro adicional e até progressivo, a obstinada resistência da pessoa obrigada e fazer com que se sinta compelida a cumprir o preceito a que estava obrigada. Como acrescenta Carreira Alvim,³⁹ a multa – a *astreinte* do direito francês, objetiva produzir efeito sobre a vontade do obrigado, procurando influir no seu ânimo para que ele cumpra a obrigação de que se está esquivando. É castigo imposto ao

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, RT, São Paulo, 2.000, p.192.

³⁸ A *contempt of Court* do direito anglo-americano, é instituto de duplo aspecto, subdividindo-se em *civil contempt* ou *criminal contempt*. A *civil contempt* diz Luz Guilherme Marinoni (*Tutela inibitória*, RT, São Paulo, ob. cit., p.170): “*caracteriza-se como uma medida coercitiva que atua nas hipóteses de obrigações (sobretudo de fazer e de não fazer) impostas por decisões judiciais – finais ou interinais -, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandado. O criminal contempt, por sua vez, entra em ação nos casos de comportamentos que se constituem em obstáculo à administração da justiça, que interferem indevidamente nessa, ou que de qualquer forma representem uma ofensa à autoridade do juiz; o criminal contempt, ao contrário do civil contempt, atua apenas no plano do interesse público no correto funcionamento da administração da justiça, o que não quer dizer que o civil contempt também não objetive preservar a autoridade do Estado.*”

³⁹ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, ob. cit., p. 113.

devedor e não meio de reparar o prejuízo. Tem ela função terapêutica e resta acumulada com as perdas e danos, conforme claramente exposto no § 2º do artigo 461 do CPC.⁴⁰

Augusto César Belluscio define as *astreintes* como sendo “condenações de caráter pecuniário, que os juizes aplicam a quem não cumpre um dever jurídico, imposto em uma resolução judicial, cuja vigência perdura enquanto não cesse a execução, podendo aumentar indefinidamente.”⁴¹

Chamada de tutela inibitória, esse é o sentido da imposição da multa diária – a *astreinte* - como instrumento legítimo de pressão psicológica, devendo ser fixada em valor significativo para o demandado a fim de que o preceito seja cumprido. Fosse irrisório o valor arbitrado para a multa e certamente ela estaria longe de cumprir a sua função de inibição à relutância do devedor. Entretanto, como explica Marcelo Lima Guerra,⁴² “se não há sobre o que exercer a coerção, a *astreinte* não deve ser utilizada”, até porque, inútil o seu arbitramento frente ao estado de insolvência do réu, ou mesmo diante da completa ausência de riquezas pessoais que pudessem garantir a execução da arbitrária pena privada, que pode ser livremente fixada por exclusiva iniciativa do decisor, ou em atenção a requerimento expresso do destinatário do direito obrigacional de fazer ou de não fazer⁴³.

Segundo José Santos Luis Cifuentes⁴⁴ os juizes e tribunais poderão, em consonância com o artigo 37 do Código Procesal Civil y Comercial da Argentina, impor sanções pecuniárias compulsivas e progressivas, tendentes a que as partes cumpram seus mandatos, cujo importe reverterá a favor do litigante prejudicado pelo incumprimento e arremata – “poderão aplicar-se sanções cominatórias a terceiros, nos casos em que a lei estabelece.”⁴⁵

Cabe neste interregno, uma pequena incursão no campo da despersonalização da pessoa jurídica – a *disregard* -, como instituto jurídico auxiliar da tutela cominatória, a

⁴⁰ Art. 461....

§ 1º

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

⁴¹ Citado por Rolf Madaleno, In *Ação cominatória no Direito de Família*, em *Direito de Família*, aspectos polêmicos, ob. cit., p.15.

⁴² GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, ob. cit., p.117.

⁴³ Aponta Eduardo Talamini igual preocupação pela possível banalização das *astreintes*, sempre que o réu “encontrar-se em estado de notória insolvabilidade. Em casos como esse, a coerção patrimonial perde a sua razão de ser- cabendo ao juiz adotar, na medida do possível, outros mecanismos de indução da conduta do réu (genericamente autorizados pelo § 5º do art. 461).”

⁴⁴ CIFUENTE, José Santos Luis. *Astreintes en el Derecho de Familia*, In *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Tomo I, 1991, p.435.

⁴⁵ Com referência a terceiros poderem ser alvo da multa cominatória, escreve Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela inibitória*, RT, ob. cit., p.169) – que: “a *astreinte* endoprocessual, segundo a doutrina, é o único meio de coerção nos casos em que a parte ou um terceiro deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova.”

ser aplicado no espectro familista com escora na possibilidade denunciada por Cifuentes de que terceiros podem ser destinatários da multa cominatória como meio de exercer pressão psicológica para que executem ou se abstenham de realizar dever omissivo ou comissivo, vinculado ao ente jurídico e que ao seu tempo e ao seu modo, possa influir no direito conjugal de alguma das partes que em demanda familista, busca regular os efeitos materiais decorrentes da dissolução de sua convivência conjugal ou de sua relação afetiva informal, caracterizada pela pública e notória estabilidade.

De qualquer modo, ocorrendo o adimplemento da obrigação dentro do prazo marcado pelo decisor, fica o devedor isento do pagamento da multa, que só é devida depois de expirado o prazo.

9. O valor da multa e sua forma de fixação.

Reza o parágrafo quarto do artigo 461 do CPC que o juiz poderá impor nos casos de incidência do parágrafo precedente (justificado receio de ineficácia do provimento final) – multa diária ao réu. A expressa menção à multa diária fez com que a doutrina ficasse dividida, ora entendendo como faz Carreira Alvim, que a multa devesse realmente ser diária, afastando qualquer possibilidade de sua fixação por período diverso de tempo (semanal, quinzenal, mensal, etc.).⁴⁶ J.J. Calmon de Passos quando de seus comentários ao antigo artigo 287 do CPC, ao tempo em que a lei limitava a multa para aplicação apenas na fase sentencial, desde que houvesse pedido expresso na inicial de cominação da pena pecuniária, refere que era facultado ao credor pedir que o devedor fosse condenado a pagar uma pena pecuniária por *dia de atraso no cumprimento*.⁴⁷

Não é, entretanto, ponto pacificado na doutrina brasileira e mesmo na legislação alienígena, pois nem sempre a multa diária servirá de meio coativo para forçar a

⁴⁶ ALVIM. J. E. Carreira. Ob. cit., p.171.

Também Reis Friede externa a mesma opinião, ao aduzir que: “*Todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária (astreinte) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária.*”, In *Reformas do direito processual civil brasileiro*, ob. cit., p.290.

execução de uma determinada obrigação, de molde a que pudesse se acumular dia após dias, acaso seguisse reticente o devedor. Eduardo Talamini tem opinião diferente de Carreira Alvim e entende que ao ser autorizada a multa por dia, “*permite-se igualmente a sua incidência em qualquer periodicidade decomponível em dias. Mas também a cominação por hora ou outra unidade inferior ao dia é cabível, quando exigido pela urgência da situação.*”⁴⁸ Também não haverá qualquer sentido utilizar o mecanismo da multa diária em obrigação negativa, de não fazer, como mostra Teori Albino Zavascki,⁴⁹ ao mencionar que “*a multa diária é mecanismo que induz prestação de obrigação já violada; a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada de violação.*” Sugere então, a cominação de valor fixo e elevado, de uma multa capaz de demover o devedor a não realizar a ação que lhe custaria muito cara, ao passo que, para a obrigação positiva ele é coagido a realizar a obrigação a que está vinculado, acuado diariamente pelo cúmulo da multa e pela possibilidade de sua progressiva majoração.

Para Eduardo Talamini⁵⁰ a cominação de multa de periodicidade diária só é adequada quando se está diante de deveres de fazer e de não fazer, cuja violação não se exaure em um único momento. Há amparo para a multa fixa em obrigação de uma única execução, como por exemplo, o dever de não derrubar uma árvore. Violada a obrigação, a ofensa implica no pagamento de multa única, porque não haveria sentido em cominar pena monetária diária nesta situação peculiar.

A multa também pode ser aumentada a critério do juiz, quando verificar que a sua progressão é capaz de gerar maior eficácia à execução indireta e específica, tornando-a adequada aos fatos modificativos, sem prejuízo da sua progressão já ser adremente ordenada, na medida em que passa o tempo e prossegue a tenaz resistência do devedor.

Tangente à oportunidade de fixação das *astreintes*, elas podem ultrapassar o valor da obrigação, não se confundindo com a indenização, mas sendo com ela cumulada. Entrementes, verificando o juiz que a multa não alcançou a sua finalidade coativa, deve ordenar a sua cessação, pois se impossível a prestação pela insolvência absoluta da pessoa obrigada, igualmente inatingível a execução específica, acrescentando Marcelo Lima Guerra, que “*o caráter coercitivo da multa diária exige*

⁴⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, vol. 3, 1977, p.167.

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, ob. cit. p.239.

⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*, ob. cit., p.468.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. *Idem*, ob. cit., pp. 236-237.

que sua aplicação seja submetida ao exame das circunstâncias de cada caso pelo juiz.”

51

10. A astreinte no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A pena pecuniária tem previsão em outras disposições do direito brasileiro, como no Código de Defesa do Consumidor, na Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e particularmente, no artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990).⁵²

Ao contrário do procedimento cominatório do Diploma Adjetivo Civil, onde a multa reverte em favor do credor, no ECA seus valores serão revertidos para o fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, conforme determinado no artigo 214 do próprio Estatuto. Para José Luiz Mônaco da Silva⁵³ o artigo 213 do ECA, que trata da tutela pena pecuniária, outorga à autoridade julgadora o poder de conceder liminarmente ou após prévia justificação a tutela requerida pela parte. Não apenas quando requerida, pois é norma discricionária do juiz, ainda mais tratando-se de instrumento legal saudado por sua modernidade – uma verdadeira *revolução copernica* – escreveu o Senador Ronan Tito na sua exposição de motivos do Projeto de Lei depois convertido no atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apresentando-se como instrumento legal realmente capaz de garantir aos menores – crianças e adolescentes - efetiva proteção sócio-jurídica, por curial que não poderia restar ausente de seus dispositivos, norma cominatória capaz de atuar sobre a

⁵¹ GUERRA Marcelo Lima. *Execução indireta*, ob. cit., p.191.

⁵² Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

§ 1º.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

vontade de quem procura infringir preceitos estatutários concebidos para dar ampla proteção ao menor. Didático exemplo da importância da multa pecuniária no ECA, pode ser buscado da eventual infração do seu artigo 78,⁵⁴ cujos interesses econômicos das editoras de revistas publicam temas reservados apenas para adultos, ou a indústria do cinema pornográfico. Certamente algum empresário com deficiência ética não encontraria maiores óbices na livre divulgação e circulação da sua produção comercial e talvez nem o juiz disporia de freio jurídico eficaz para obstar de plano a infração à sua ordem de vedação da circulação do material censurado para o público infante-juvenil. Inexistissem as *astreintes* no Estatuto da Criança e do Adolescente e, em nome do desenfreado lucro comercial poderiam ser facilmente desrespeitados os valores morais, éticos e sociais da pessoa do menor e da família, porque a autoridade judicial não estaria adequadamente municiada de mecanismos jurídicos ainda dotados de celeridade e eficiente carga psicológica de constrangimento e com força processual capaz de dobrar ao menos pelo bolso, sempre que frustrada a obediência apenas pelo respeito e bom senso, porque prevaleceu a obstinada ganância do empresário infrator. Também no amplo direito de proteção da criança e do adolescente, como procedeu o Tribunal de Justiça de São Paulo no mandado de segurança n.º 170.531-4/4,⁵⁵ sugerindo a imposição de multa diária dos artigos 213 e 214 do ECA para vencer obstáculo criado pelo pai guardião que buscava impedir as visitas maternas à filha, foi possível encontrar prático exemplo de uso eficaz das *astreintes* no Direito de Família.

11. A *astreinte* no Direito de Família.

Escrevi em precedente trabalho versando sobre o trato da ação cominatória no Direito de Família, mas, ainda, sob as opacas luzes do limitado sistema do antigo artigo 287 do CPC, onde mesmo com a aplicação temporal restritiva das *astreintes*, relegadas

⁵³ SILVA, José Luiz Mônico da. *Estatuto da criança e do adolescente, comentários*, RT, São Paulo, 1994, p.376.

⁵⁴ Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com advertência de seu conteúdo. Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

⁵⁵ Ver ementa na nota de rodapé supra, de n.º 60 e comentários ao julgado no capítulo n.º 11.

que estavam, para as sentenças e acordos homologados em situações colhidas de separações judiciais decretadas ou consensualizadas, mesmo assim, o manuseio da pena pecuniária abria um leque inesgotável de alternativas postas à serviço dos personagens de dissensões judiciais das sociedades conjugais ou paramatrimoniais.⁵⁶

Na sistemática anterior às últimas reformas processuais a pena pecuniária só era aventada no pressuposto de descumprimento da sentença ou da decisão homologatória de acordo que previsse expressa cominação de multa e a sua utilidade no Direito de Família era tímida e nada profícua. Revista a estrutura processual de aplicação das *astreintes* e municiado o decisor de técnicas modernas de constrição de vontade, atuando sobre a mente, o bolso e até sobre o corpo do devedor,⁵⁷ com apoio no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal,⁵⁸ as sanções cominatórias revelaram-se em um importante instrumento a serviço da maior excelência e efetividade do processo familista, disponibilizando partes e juiz, de mecanismo processual capaz de vencer pela intimidação, as rotineiras resistências, só encontradas na ressentida seara das desavenças afetivas, que debitam de um lento processo e na contumaz desobediência ao comando judicial, o imensurável custo financeiro e psicológico da irreversível ruptura de um amor.

No amplo raio de ação da jurisdição familista, moucos ouvidos tomam o lugar da razão; prevalece a insana vingança que caça amores já não mais acessíveis; seus personagens estão psicologicamente desassociados da lógica compreensão, que compele as pessoas a atenderem ao comando judicial e nesse quadro dos fatos a ordem judicial vira mero conselho, quase sempre ignorado. Resistências geram tumulto afetivo e a reiterada desobediência agride o senso comum, apontando assim para as *astreintes*, que talvez carreguem em sua gênese a força mandamental capaz de reorientar os rumos do processos e de restabelecer uma razoável pacificação familiar.

Podendo os juizes familistas impor sanções pecuniárias inclusive progressivas, como medidas de exceção e sempre que verificada a ausência de outro meio legal para obter o cumprimento do mandado judicial, disponibiliza a autoridade judicial de indispensável instrumento para a solução dos intermináveis conflitos processuais instaurados entre cônjuges, concubinos e parentes desavindos.

⁵⁶ MADALENO, Rolf. *Direito de Família, aspectos polêmicos*, ob. cit., p.14.

⁵⁷ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, ob. cit., p.108.

⁵⁸ Art. 5º;

LXVII – “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*”

José Santos Luis Cifuentes⁵⁹ ilustra seu trabalho doutrinário com diversos julgados recolhidos dos tribunais argentinos, onde largamente adotada a aplicação incidental de multa pecuniária em litígios familiares. Conta dentre vários casos pinçados, que juiz de primeira instância impôs uma multa de trezentos pesos diários a um pai que não deixava a genitora do menor se avistar com o filho, incidindo a multa enquanto persistisse a sua resistência. A 2ª Câmara de Apelações de La Plata, há mais de quarenta anos já aplicara as *astreintes* a um marido, até que ele entregasse os filhos à esposa, de quem havia tomado *manu militari* a custódia fática.

Por sua vez a Câmara Civil, Sala D, da Capital de Buenos Aires também admitiu em 1961 o emprego da multa diária para forçar uma mãe a cumprir o regime de visitas do pai aos filhos, entendendo com acerto, que no poder de julgar está implícito o poder do juiz de fazer cumprir as suas decisões, sob o risco de completo desprestígio da autoridade judicial.

Por sinal, a aplicação de multa passa a ser importante instrumento jurídico para substituir de uma vez por todas a abjeta e drástica medida compreendida pela busca e apreensão de menores, palco de inesgotáveis traumas contra indefesas e desprotegidas crianças - subtraídas à força de uma ordem judicial, do convívio afetivo do genitor não guardião, que se descurou do tempo de permanência permitida ao salutar exercício do seu amor parental, tisonado por cenas dantescas e traumáticas de indescritível e dispensável violência processual.

A propósito do tema, Flávio Guimarães Lauria⁶⁰ escreve não ser demais lembrar das graves conseqüências para a criança diante da diligência de busca e apreensão, não sendo a medida mais adequada de tutela do direito de visitar e de ser visitado. Defensor intransigente das *astreintes* no cumprimento das visitas, prossegue Flávio Lauria⁶¹ que “*nessa perspectiva, numa ação de regulamentação de visitas proposta sob o procedimento ordinário, será lícito ao juiz determinar a expedição de mandado intimando o pai ou a mãe recalcitrantes para o cumprimento do regime estabelecido na sentença ou na decisão antecipatória de tutela, sob pena de multa diária fixada na própria decisão, a ser revertida em favor do genitor requerente. A mesma medida pode ser requerida nos autos da ação de separação judicial ou dissolução de união estável, caso versem sobre regime de visitação e não dependem da instauração de processo de execução de obrigação de fazer e não fazer.*”

⁵⁹ CIFUENTES, José Santos Luis. *Astreintes en el derecho de familia*, ob. cit., pp.436-438.

⁶⁰ LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2.002, p.135.

⁶¹ Idem, ob. cit., p.141.

Foi assim e ao seu modo que decidiu acertadamente o Tribunal de Justiça de São Paulo, através de sua 3ª Câmara de Direito Privado, quando por decisão unânime, denegou a segurança impetrada por genitor que na custódia jurídica de sua filha, buscou suspender com o *mandamus*, os efeitos de carta precatória que designava dia e hora para visita materna à filha. A irresignação paterna com o ensaio das visitas maternas à filha, decorria da denúncia de negligência da mãe para com a menina diante de *assédio* do namorado de sua genitora.

O desembargador Ênio Santarelli Zuliani do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao relatar esse mandado de segurança de n.º 170.531-4/4, datado de abril de 2001⁶² ao refutar argumento colacionado pelo impetrante, aduziu em singular passagem de seu voto que: *“O art. 463, do CPC, que encabeça a lista, é totalmente inaplicável, porque cuida-se de execução de sentença e não intromissão do juiz em situação a ser julgada ou dependente de trânsito em julgado. Os Juizes impetrados não estão comandando execução de dívida de dinheiro e independem de apuração do quantum para cumprir a sentença, o que inviabiliza a citação dos artigos 586 e 618, I, do CPC. O impetrante não é devedor de uma obrigação de dar (entrega de mercadoria ou de valor monetário) e sim de uma obrigação de não fazer (não obstar o acesso da mãe à filha sob sua guarda). As medidas tomadas em busca de reaproximar mãe e filha não são cruéis e sim ajustadas ao preceito de dignidade humana, fundamento da Constituição Federal (art. 1º, III, da CF). O que a Justiça quer realizar é a consagração do direito de visita para o bem da menor e de sua mãe, porque isso consta da sentença e é decisivo para a existência de ambas...Inocorreu ofensa ao direito líquido e certo do impetrante e principalmente da menina L.B.A. Cumpre anotar que os artigos 213 e 214, da Lei 8.069/90, poderão ser utilizados pelos impetrados nesta árdua tarefa de fazer cumprir a ordem do Ministro BUENO DE SOUZA, aplicando multas diárias ao impetrante para persuadi-lo do dever de não prejudicar o direito de visita.”*

Não se esgota nesses exemplos o leque de opções ventiladas pela cominação de multa na consecução de ordem judicial emanada em processo vinculado ao direito de família. Vale lembrar a imensidão de atos jurídicos que os cônjuges, os unidos estavelmente e familiares devem adotar como linha de comportamento processual,

⁶² *“O exercício de visita da mãe para com o filho menor, supervisionado no fórum e que foi estabelecido em sentença, deve ser cumprido com eficiência pelo juiz da execução, inclusive aplicando multa diária para persuadir o opositor a não prejudicar o direito de convivência, variante da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) – Inocorrência de ofensa a direito do impetrante, que busca, por vias oblíquas, obstaculizar a ordem neste sentido passada pelo Ministro relator do recurso especial – Denegação, com observação.”* MS n.º 170.531-4/4 da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Relator o Des. Ênio Santarelli Zuliani.

incursionando por condutas ativas e omissivas e que não mais se restringem às simples obrigações de fazer ou de não fazer, mas que também devem abarcar, à exemplo da moderna legislação internacional, deveres de entrega de coisa ou de pagamento em dinheiro.

Uso curial da multa diária no Direito de Família poderia surgir do dever conjugal ou concubinário da prestação judicial de contas, ou para a devolução de bens ou valores ilicitamente subtraídos da custódia adversa. Fácil perceber que o consorte constringido a render contas, ou devolver bens ou papéis indevidamente retidos, pode preferir apressar-se se for processualmente admoestado com relevante multa pecuniária, capaz de realmente persuadi-lo a desistir de eternizar-se na posse e na administração de bens, valores e documentos do outro cônjuge, tirando proveito econômico da lentidão da demanda.

A fixação diária de multa também teria importante efeito de persuasão em situações de divisão judicial e proporcional de imóvel comum, destinado ao lazer e que na tramitação da separação judicial ou do processo de partilha permanece indiviso entre os litigantes, determinando o magistrado a sua igualitária utilização. Soubesse o cônjuge co-proprietário e possuidor que pagaria uma multa diária por não entregar a morada no período destinado ao uso do co-proprietário conjugal e seguramente o Judiciário disporia de visíveis elementos destinados a sua maior reflexão, acaso pensasse em desobedecer a precedente e equitativa ordem judicial de uso compartilhado dos bens conjugais, especialmente quando são destinados ao lazer da família no curto espaço das férias de inverno ou de verão.

Prevendo o artigo 21 da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio)⁶³ a constituição de garantia real ou fidejussória para assegurar o pagamento mensal da pensão alimentícia, reside nesse dispositivo uma importante hipótese de aplicação das *astreintes*, tendentes a agilizar a determinação de constituição de capital para garantir o pagamento da pensão alimentícia.

E porque não impor multa diária frente a evidente e obstinada reticência do separando solvente, que assumiu o dever de pagar na partilha do acervo comum as custas judiciais, tributos e outros encargos processuais de sua separação judicial.

E ao magistrado que impõe perícia psicológica, psiquiátrica ou social, como indissociável elemento da instrução processual de separação litigiosa e dissolução contenciosa de união estável, para colher subsídios para regular a separação, a guarda e

⁶³ Art. 21. Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá determinar a constituição de garantia real ou fidejussória.

as visitas da prole, não serviria aos desígnios da celeridade e de presteza da prestação judicial o recurso a fixação de multa diária, para ser paga pela parte que reluta em dar seguimento e obediência à pesquisa judicial. Não seriam as *astreintes* um eficiente instrumento para a pronta realização dos estudos interdisciplinares ordenados para subsidiar o processo dos meios científicos probatórios imprescindíveis ao melhor e mais justo desfecho processual, mormente quando devem ser considerados interesses superiores dos menores e o princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

A demanda cominatória também teria útil trânsito para compelir a ex-mulher, vencida na separação judicial a retornar ao apelido de solteira, ou porque ordenado na ação de divórcio, mas que reluta em obedecer a determinação judicial e assim segue apresentando-se socialmente com o nome de casada. Multa bem dosada e até progressiva, terá por certo força propulsiva suficiente, para convencer o cônjuge a averbar e finalmente adotar o seu apelido da família de origem.

Fosse adotado no Brasil o dever de submeter-se à perícia genética na investigatória de paternidade, assim como os terceiros intervenientes, no caso de pai biológico já falecido, como ordena na atualidade o Código de Processo Civil alemão (ZPO), no seu § 372 e o direito de filiação sueco e certamente a pena de multa diária para a recusa injustificada de uma pessoa submeter-se aos exames seria um excelente componente de rápida persuasão.

Existem decisões judiciais e sentenças que acrescentam a obrigação do cônjuge incluir seu consorte como dependente de plano de saúde, muitas vezes vital à higidez física do cônjuge beneficiado com o plano. Sem uma fórmula consistente como as *astreintes*, talvez se apresentasse muito mais moroso o atendimento espontâneo da ordem judicial.

Situações corriqueiras de devolução de bens de uso pessoal, inclusive de automóvel sempre utilizado pela esposa e que o marido contrariado se apossa para dificultar o deslocamento e as atividades diárias do cônjuge que precisa do carro para agilizar suas tarefas do cotidiano familiar e transporte de filhos. A cominação de multa tem igual eficiência persuasiva no ânimo beligerante do marido, cuja cumulação de multas cuidará de demovê-lo de reter o automóvel da esposa.

À exemplo do direito americano com a sua *contempt of Court*, não seria de boa técnica impor multa diária para desestimular a ameaçadora reaproximação de violento cônjuge ou concubino compulsoriamente afastado do lar.

Devendo certo ascendente encarregar-se da matrícula escolar de seus filhos, ou mesmo estando uma das partes litigantes compelida a colacionar documentos

requisitados pela autoridade judicial, não traria eficiência ao processo a imposição de multa, com alto poder de persuasão, imbuído o comando judicial pecuniário da máxima implícita, de que no poder de julgar também se encerra o poder do juiz de fazer cumprir as suas decisões. Em suma, não teria seguro trânsito judicial toda e qualquer tutela fundada no princípio da dignidade humana, que buscasse por intermédio das *astreintes* a sua efetivação processual, notadamente como visto e defendido, no campo dos direitos sociais, familiares ligados a valores supremos como a saúde, a educação, a subsistência dos dependentes e a higidez psíquica de cada membro da célula familiar.

12. A ampliação do espectro de ação da *astreinte* no campo do Direito de Família.

No campo do direito aos alimentos, sua cobrança e seu pontual pagamento inspiram ricos exemplos para aumentar o espectro de aplicação das *astreintes* no Direito de Família, estendendo-as também para as obrigações de dar coisa certa fungível, como sucede no compromisso de entregar determinada quantia mensal em dinheiro, proveniente por exemplo, de pensão alimentar. A Câmara Civil, Sala E, da Capital de Buenos Aires, impôs *astreintes* num caso de alimentos, onde o credor da pensão não obtinha os ingressos de seu crédito alimentar, havendo sido destacado na fundamentação da decisão judicial que a execução tradicional dos alimentos demanda uma demora que não se compadece com a urgência da prestação alimentar.

Noutro julgamento a Sala A, da Câmara Civil aplicou a um devedor de alimentos, sanções cominatórias, destacando ser fundamental em matéria de pensão alimentícia, a sua pontualidade, cumprindo as *astreintes* um papel preponderante, ao compelir o alimentante reticente a cumprir o seu dever assistencial.⁶⁴ Tal é a importância e relevância moralizante que a multa pecuniária por débito alimentar, exerce no direito argentino, que os juristas Luis Alberto Caimmi e Guillermo Pablo

⁶⁴ CIFUENTES, José Santos Luis. *Astreintes en el derecho de familia*, ob. cit., p.437.

Desimone⁶⁵ sugerem por projeto de lei que as *astreintes* não sejam dispensadas mesmo quando aplicada a pena civil de prisão pelo não pagamento de alimentos, apenas admitindo o perdão da multa imposta, se ausentes bens próprios do devedor, ou na eventualidade de a pena pecuniária prejudicar seriamente as possibilidades econômicas e financeiras do alimentante. Para esses autores, com o consentimento do devedor, o tribunal poderia substituir a pena pecuniária por trabalhos e serviços em favor da comunidade, a serem prestados em organismos da administração pública, como hospícios, hospitais, unidades sanitárias, abrigos de velhos ou de menores, estabelecimentos de ensino ou em qualquer outra instituição que se estime aconselhável.

Claro que não precisamos ir ao clímax da dupla penalização pelo mesmo fato, sendo muito mais eficaz seguir com a coação física do recalcitrante devedor alimentar, desde que o legislador não direcione o decisor para o verdadeiro calvário em que tem se tornado a busca processual de um simples e impontual crédito alimentar, sendo preferível retomar os rumos da sempre eficiente execução indireta do crédito alimentar, através da ameaça prisional.

A multa poderia ter uso corrente na chamada pensão velha, que vai adiante dos três últimos meses e que a jurisprudência reluta em mandar prender pela inadimplência, cometendo então multar progressivamente.

Possível contudo, bem dimensionar o valor moral dos constrangedores meios ditos indiretos de execução antecipada, mas que de um modo direto, bastante eficaz, permite passar a acreditar na realidade efetiva da prestação jurisdicional.

Convém por fim, manter em linha de consideração a precedente argumentação de Luiz Guilherme Marinoni,⁶⁶ para quem “*o pequeno credor é aquele que mais sofre com a demora do processo.*” E é para esse pequeno credor, ora de alimentos; ora de outros valores que mais guardam riquezas de ordem subjetiva do que da subsistência material, que a ciência jurídica vem desenvolvendo esse eficiente, moderno e célere instituto processual que busca no campo do Direito de Família, o espaço pontual que gravita no sideral universo da sonhada pacificação social.

⁶⁵ CAIMMI, Luis Alberto; DESIMONE, Guillermo Pablo. *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, pp.187-188.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, ob. cit., p.195.

12. Bibliografia.

- ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, Del Rey, Belo Horizonte, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, RT, São Paulo, 2.000.
- ASSIS, Araken de. *Antecipação de tutela*, In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, São Paulo, 1997.
- CAIMMI, Luis Alberto; DESIMONE, Guillermo Pablo. *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.
- CAMBIER, Everaldo. *Curso avançado de Direito Civil*, vol. 2, Direito das Obrigações, RT, São Paulo, 2.001.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
_____. *Das astreintes nas obrigações de fazer fungíveis*, AJURIS, n.º 14.
- CIFUENTE, José Santos Luis. *Astreintes en el Derecho de Familia*, In Enciclopedia de Derecho de Familia, Editorial Universidad, Buenos Aires, Tomo I, 1991.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, São Paulo, 1995.
- FRIEDE, Reis. *Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1995.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, RT, São Paulo, 1998.
- LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2.002.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, RT, São Paulo, 2.000.
- MADALENO, Rolf. *Ação cominatória no Direito de Família*, In Direito de Família, aspectos polêmicos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1ª ed., 1998.
_____. *Alimentos e sua restituição judicial*, In Direito de Família, aspectos polêmicos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1ª ed., 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, RT, São Paulo, 1998.
_____. *Tutela específica*, RT, São Paulo, 2.000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, In Temas de direito processual (segunda série), Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988.
_____. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, In Temas de direito processual (segunda série), Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988.
- MUNIZ, Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1983.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, vol. 3, 1977.
- RÚA, Fernando De la. *Procesos lentos y reforma urgente*, in Proceso y justitia, Buenos Aires, Lea, 1980.

TALAMINI, Eduardo. *Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art.461, § 3º, do CPC*. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, São Paulo, 1997.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, RT, São Paulo, 2.001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1995.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*, Malheiros, São Paulo, 2ª ed., 1997.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. *A tutela antecipada e execução específica*, Copola Editora, Campinas, 1995.

SILVA, José Luiz Mônico da. *Estatuto da criança e do adolescente, comentários*, RT, São Paulo, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, RT, São Paulo, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*, In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, São Paulo, 1997.