

AS ASTREINTES E A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA

*Luiz Antonio Miranda Amorim Silva, Procurador Federal
Lotação: PFE-INSS de São José dos Campos.*

Súmary: 1 Introdução; 2 Astreintes; 3 Aspectos Das
Astreintes A Sugerir Sua Natureza Instrumental;
4 *Contempt Of Court*; 5 Posição Da Doutrina E
Ressalva Do Impossível; 6 Justiça E Autoridade Da
Decisão Jurisdicional; 7 Conclusão; 8 Referências.

RESUMO: Para dar subsídios a qualquer interessado que se depare com a problemática da permanência, ou não, das astreintes com a improcedência da demanda, o presente artigo buscou, em primeiro plano, apresentar as astreintes, sua conceituação, sua relação com a tutela específica, a possibilidade de sua aplicação de ofício, como também o debate da doutrina a respeito da sua natureza jurídica e seu escopo. Para compreender melhor os objetivos das astreintes, se há predominância do caráter instrumental ou punitivo, o capítulo segundo tratou sobre os pontos que parecem indicar a prevalência do caráter instrumental, pois se clarificou o fato de a astreinte não ter natureza indenizatória, o fato de a responsabilidade pela execução de provimento provisório se dar sob responsabilidade do demandante, além da questão da possibilidade de adequação posterior do valor da multa em caso de insuficiência ou exacerbação. Ainda com o mesmo objetivo, o capítulo terceiro tratou sobre a doutrina do contempt of court demonstrando a relação existente entre essa doutrina e as *astreintes*, chegando, inclusive, a classificar a violação da prestação imposta sob pena de astreintes como *contempt of court civil*. Ainda no capítulo terceiro, constatou-se a extrema vinculação da multa do Parágrafo Único do Art. 14 do Código de Processo Civil com o contempt of court e traçou-se uma comparação dessa multa com as astreinte, discutindo-se, ainda, o destino dessa chamada multa do contempt quando há improcedência da demanda. No quarto capítulo, ressaltou-se a posição de estudiosos do tema e ainda se examinou o caso de impossibilidade material de cumprimento da prestação ordenada sob pena de astreintes, destacou-se, pela excepcionalidade da situação que, nesse tipo de caso, mesmo adotada a posição da corrente minoritária, não se pode sustentar a manutenção das astreintes sob pena de caracterizar-se o enriquecimento ilícito da parte demandante, na medida em que ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível, tampouco alguém pode ser punido por não realizá-lo. Em capítulo final, destacou-se o fato de a questão eleita como tema pôr em choque a justiça do caso concreto com a autoridade da decisão judicial, o que, em última análise, representa o conflito entre o princípio da justiça com o princípio da segurança jurídica. Demonstrou-se, com isso, que a opção pela predominância de qualquer desses princípios é questão essencialmente ideológica, política, por isso, defendeu-se a busca da solução que mais se aproxima ao sistema proposto pelo CPC. Finalmente, tomou-se a posição que se pareceu a mais coerente com as considerações desenvolvidas e, por conseguinte, com o direito posto nacional. Assim, defendeu-se que o direito pátrio parece se aproximar da solução pela supressão da multa no caso de improcedência da demanda.

PALAVRAS-CHAVE: *Astreintes*. Improcedência da demanda.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela efetivação da tutela específica, por garantir ao demandante exatamente a prestação que pleiteia no judiciário, é preocupação constante dos operadores do direito e já foi o alvo de algumas reformas do Código de Processo Civil Brasileiro.

Dentre os instrumentos cabíveis ao magistrado, em tal busca, encontra-se a possibilidade de aplicação de multa para o eventual descumprimento de sua decisão.

O art. 461 e o art. 461-A permitem a imputação de multa, inclusive, antes da decisão final de mérito, isto é, tem-se possível, em processo de conhecimento, a aplicação dessa multa para dar força à decisão que antecipa os efeitos da tutela.

A questão que se apresenta diz respeito ao seu destino no caso da improcedência da demanda, tanto em se tratando da improcedência por conta de mudança de posicionamento do magistrado de primeira instância, como por reforma da sentença em decisão recursal.

Partir-se-á, então, para uma análise do grau de vinculação da decisão que aplica astreinte com a decisão final da demanda.

Assim, o capítulo inicial buscará apontar as questões básicas envolvendo as astreintes, como conceito, natureza jurídica, escopo, sua relação com a tutela específica, além da possibilidade de sua aplicação de ofício pelo Magistrado.

Em seguida, questões mais polêmicas envolvendo as astreintes serão exploradas, especificamente as que fazem sugerir a natureza instrumental delas.

No capítulo terceiro, como contraponto, será feita uma análise da noção de autoridade da decisão judicial, apoiada na doutrina do *contempt of court*, desenvolvida no direito Anglo-Saxão. De forma a analisar a relação entre *astreinte* e autoridade jurisdicional, examinando até que ponto esse tipo de multa possui caráter punitivo, comparando-se, inclusive, a denominada multa do *contempt of court*, prevista pelo Parágrafo Único do art. 14, com as astreintes. Examinar-se-á, ainda, o destino da multa do *contempt* no caso de improcedência da demanda, para que, posteriormente, se aponte a relação dessa análise com a questão eleita como tema deste estudo.

Partir-se-á para um exame das opiniões dos doutrinadores dedicados ao tema, buscando apontar o posicionamento e razões destes.

Far-se-á uma reflexão quanto aos casos de impossibilidade material do cumprimento da decisão que impõe multa por seu descumprimento, perquirindo em tal espécie de situação, deve-se acompanhar, ou não, a solução possivelmente adotada como regra geral.

Ainda será analisado o choque de princípios que ocorre quando se tem de definir uma solução para a questão eleita como tema do presente estudo.

Tudo isso, com o intuito de apresentar, ao operador e estudante de direito, os subsídios necessários para a tomada de posicionamento quanto ao tema em destaque.

Assim, finalmente será sugerido o posicionamento que se mostre mais razoável e condizente com o estudo desenvolvido, apenas para que se saiba a impressão do autor quanto à questão desenvolvida.

2 ASTREINTES

Denomina-se, para efeito do presente estudo, *astreinte* como a multa coercitiva aplicada pelo magistrado com base no artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Conforme afirma Fredie Didier Jr., em conjunto com Paula Sarno e Rafael Oliveira, tal multa “trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às astreintes do direito Francês”¹, desse modo seguindo a doutrina tradicional, utiliza-se do termo *astreinte*, embora este não conste expressamente no texto da legislação processual brasileira.

Logo, de plano, observa-se *astreinte* como medida coercitiva destinada a impor o cumprimento de determinada obrigação. Como se compreende da lição do professor Guilherme Amaral Rizzo que entende a *astreinte* como medida de coerção, verdadeira técnica de tutela, isto é, meio à disposição do magistrado para alcançar a tutela dos direitos do autor².

2.1 AS ASTREINTES E A TUTELA ESPECÍFICA

Importa o exame da multa utilizada para o que Leonardo da Cunha denomina de “tutela antecipada específica, destinada ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa”³.

1 BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA Rafael. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: Podivm, 2007. p. 465.

2 AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro - Multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 132.

3 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas questões sobre as *astreintes* (multa cominatória). **Revista Dialética de Direito Processual**, 15: 95-104, São Paulo, Dialética, jun. 2004, p. 95.

Assim, retomando a noção de multa cominatória ou astreinte, tem-se, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, que a “multa, ou a coerção indireta, implica ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz”⁴.

A multa apresenta-se, pois, como forma de causar temor ao sujeito paciente de forma que ele adote a conduta esperada pelo poder judiciário realizando exatamente a prestação querida pela parte. Configura-se, então, conforme pontua Fredie Didier Jr., como “um meio, um instrumento de viabilização da tutela jurisdicional”⁵.

Destaca-se, também, o fato de a astreinte poder se apresentar na forma tipificada pelo CPC como multa diária, presente no §4 do art. 461, bem como através da multa por atraso de que pode se utilizar o Julgador no momento de buscar a efetivação de sua decisão, §5º, art 461.

Logo, o importante para que tenha natureza jurídica de *astreinte* é que a multa se destine a forçar o cumprimento da prestação devida pelo demandado e possa ter seu valor fixado livremente pelo Magistrado, independente da periodicidade em que a multa incide. Assim, no que diz respeito à análise de sua natureza, pouco importa se é fixada como multa por dia, hora, minuto ou qualquer outro período de atraso no cumprimento.

2.2 APLICAÇÃO DE OFÍCIO DAS ASTREINTES

Um outro aspecto que não pode deixar de ser destacado corresponde à possibilidade da imposição *ex officio* da multa coercitiva.

Não resta dúvida, o Magistrado pode estabelecer a multa de que ora se trata independente de provocação para tanto. Como se depreende da clareza meridiana dos dispositivos seguintes:

Art. 461. [...] § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias,

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p 72.

⁵ BRAGA, op.cit., p.305.

tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Releva-se, por conseguinte, que a natureza instrumental das *astreintes* na efetivação da tutela específica independe da própria provocação nesse sentido.

2.3 DIVISÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À NATUREZA DAS ASTREINTES

Pode-se constatar, nesse momento, que, para alguns, as *astreintes* não se apresentam tão somente como um instrumento de que dispõe o demandante para ter seu direito efetivado, mas também como uma forma de conferir ao Magistrado garantia da autoridade de sua decisão.

Assim, uma corrente, que se pode afirmar majoritária, entende ter a multa natureza eminentemente acessória à obrigação principal, defendida por autores como Mariononi⁶, Eduardo Talamini⁷, Freddie Didier Jr.⁸ entre outros.

A corrente oposta acentua a importância da multa na confirmação da própria autoridade da decisão judicial e apresenta-se encabeçada pelo processualista Joaquim Felipe Spadoni⁹.

Assim, cabe a análise dos aspectos a indicar a natureza instrumental das *astreintes*, bem como seu papel diante do *contempt of court*.

3 ASPECTOS DAS ASTREINTES A SUGERIR SUA NATUREZA INSTRUMENTAL

3.1 ASTREINTES E CARÁTER INDENIZATÓRIO

Uma noção que precisa ser explorada é a de que as *astreintes*, no direito brasileiro, não apresentam caráter indenizatório.

Observe-se, nesse sentido, o ensinamento do processualista Leonardo José Carneiro da Cunha:

Se é certo que a indenização por perdas e danos pressupõe um efetivo prejuízo do autor, exatamente por

⁶ MARINONI, op. cit., p.111.

⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p. 259.

⁸ BRAGA, op. cit., p. 360.

⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2002, p. 182.

revestir matiz compensatório e servir de sucedâneo da obrigação específica (CPC, Art. 461, §2º), não se afigura menos evidente que a multa prevista no §4º daquele art. 461 do CPC tem a finalidade precípua de coagir o réu ao atendimento do preceito cominatório, consistente em determinação de cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer¹⁰.

Tem-se claro, dessa forma, que a multa tem escopo distinto das perdas e danos. Por isso, quando a prestação pleiteada deixa de ser útil à parte demandante, tem-se a substituição da prestação por perda e danos, mas isso não afasta a necessidade de pagamento do valor das astreintes, sendo perfeitamente cabível a cumulação. Atente-se, uma vez mais, aos ensinamentos de Leonardo da Cunha:

À evidência, as *astreintes* contêm invidioso caráter coercitivo, daí resultando sua independência de qualquer finalidade ressarcitória, a permitir que seja cumulada com a indenização por perdas e danos causadas pelo descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Desse modo, a multa poderá ser imposta mesmo na hipótese de não haver qualquer prejuízo¹¹.

Trazendo esta análise mais próxima ao tema em debate, tem-se que afastado o caráter indenizatório da multa, não parece caber qualquer argumentação pela manutenção ou supressão das *astreintes* alegando a necessidade, ou não, de reparar a parte contrária.

3.2 RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DE PROVIMENTO TEMPORÁRIO

Por outro lado, é conhecimento rotineiro entre os estudiosos de Processo Civil que as execuções de provimentos antecipatórios, de provimentos cautelares, bem como as execuções provisórias ocorrem sob a responsabilidade do demandante.

Assim, quando se tem a mudança de entendimento quanto ao mérito, não cabendo mais razão para o beneficiado por tutela de cognição sumária, a parte contrária, demonstrando ter sofrido prejuízo com o provimento cautelar ou antecipatório, tem direito de ser ressarcida pela

¹⁰ CUNHA, op. cit., p. 99.

¹¹ *Ibidem*.

parte demandante. O mesmo ocorrendo em relação ao que foi executado provisoriamente, mas sofreu reforma em sede recursal.

No que tange exatamente aos provimentos cautelares, esta responsabilidade vem expressa no art. 811 do Código de Processo Civil, já em relação à execução provisória o CPC também é expresso no Art. 475 – O, conforme se observa do inciso I deste dispositivo: “I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; [...]”

Assim, a reflexão que se impõe é a de que a *astreinte* aplicada, em provimento provisório ou temporário, gera evidente prejuízo. Se a parte que sofre o referido prejuízo se mostrar vencedora no mérito, não teria direito, ao menos, a ter afastado esse prejuízo?

O raciocínio que se traça é o seguinte, se a parte cumprisse a prestação, por se encontrar ameaçada pela *astreinte*, seria ressarcida, com a improcedência da demanda, por ter realizado prestação que não lhe seria devida. Assim, se o Direito busca desfazer os efeitos da prestação indevida, por que razão deveria manter uma multa no caso de a parte não ter cumprido essa prestação?

3.3 ADEQUAÇÃO POSTERIOR DO VALOR DAS ASTREINTES

Em análise específica das *astreintes*, deixou-se estabelecido o poder do Magistrado uma forma de arbitrar o valor da multa conforme seu entendimento, de forma que o valor seja compatível com a prestação específica tutelada pelo Estado, devendo ainda ser suficiente para forçar o cumprimento da prestação pela parte ameaçada com multa.

Assim, evitando combater excessos que resultem em um enriquecimento ilícito da parte contrária, como também com a finalidade de conferir ao Magistrado uma forma de aumentar a coerção sobre a parte inerte diante do primeiro valor aplicado, o Código de Processo Civil possibilita a adequação em momento posterior da multa aplicada.

Nesse sentido, há, segundo o Código de Processo civil brasileiro, possibilidade de aumento, bem como de redução da multa, conforme o § 6º do art. 461: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Em acordo com o texto transcrito, parece perfeitamente possível, inclusive, a mudança no valor da multa não apenas pelo magistrado de

primeiro grau, como também pelos que julgam recursos ainda dentro do processo de conhecimento e até em sede de execução.

Dessa forma, destaca-se que até mesmo na fase de execução, pode-se ter modificado o valor aplicado a título de astreintes. Inclusive, deve-se atentar que uma mudança de valor nessa fase não viola à coisa julgada, pois conforme aponta o professor Guilherme Amaral Rizzo: “a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida, e não sobre as técnicas de coerção utilizadas no decorrer da demanda ou sobre seus resultados”¹².

A importância do disposto no §6º do art. 461 do CPC ao tema em análise se encontra na constatação de que as astreintes, mesmo após aplicadas, não são consideradas intocáveis pelo direito brasileiro.

Ou seja, caso o magistrado entenda que houve erro na apreciação fática ao impor determinado valor para a multa, pode reduzi-la ou aumentá-la conforme o seu entendimento atual.

Logo, por esse prisma, fica difícil imaginar que, ao enxergar uma mudança no seu entendimento quanto ao mérito, julgando, em momento posterior do processo, improcedente a demanda que antes tutelou impondo multa por descumprimento para tanto, tenha o Magistrado que ficar numa situação de impotência, mantendo necessariamente a multa.

A mesma análise serve aos Julgadores da Apelação, pois se estes discordam da posição do Magistrado de primeiro grau no mérito e se podem modificar o valor da multa, assim como ocorre na primeira instância, parece complicado sustentar que deveriam manter uma multa que visava forçar o cumprimento de prestação que não entendem acertada.

A reflexão que se sugere é se há valor que não seja excessivo quando já se sabe que a parte a quem beneficiam às *astreintes* não tem razão no mérito.

4 CONTEMPT OF COURT

A doutrina do contempt of court é originária do direito anglo-saxão já possuindo alguns reflexos no Brasil. O exemplo mais citado pela Doutrina se encontra na positivação da multa do Parágrafo Único

¹² AMARAL, op. cit., p. 227.

do art. 14 do Código de Processo Civil, resultante de texto elaborado por Comissão coordenada pelos juristas Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Ada Pellegrini Grinover, aprovado com algumas alterações pela Lei 10.358 de 27/12/2001. Ei-lo:

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

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

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

No entanto, deve-se observar que a noção do contempt of court extrapola a proteção oferecida por tal dispositivo. Pois, como aponta o consagrado processualista Araken de Assis: “Pode-se definir o *contempt of court* como a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial”¹³.

Logo, esse instituto anglo-saxão envolve qualquer ato de desrespeito à autoridade do Poder Judiciário. Pode-se observar, nos países de *common law*, que o *contempt of court* é enfrentado através de multas e até prisões. No entanto, no direito brasileiro, a doutrina é majoritária em afirmar a negativa constitucional de prisão nessa hipótese.

Dessa forma, no Brasil, resta, em princípio, a multa, como instrumento coercitivo para o Estado assegurar a autoridade da decisão judicial.

¹³ ASSIS, Araken de. O *Contempt Of Court* no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul set. 2003, p. 20.

4.1 CONTEMPT OF COURT CRIMINAL E CONTEMPT OF COURT CIVIL

Deve-se considerar a tradicional classificação proveniente do direito anglo-saxão entre *contempt of court* criminal e *contempt of court* civil.

Esclarece Araken de Assis: “O *contempt* criminal consiste na ofensa à dignidade e à autoridade do tribunal ou dos seus funcionários, gerando obstáculo ou obstrução ao processo, tornando-o mais moroso.”¹⁴

O referido mestre ainda aponta que: “O *contempt* civil consiste na omissão de certo comportamento, prescrito pelo tribunal, a favor de uma das partes”¹⁵.

Assim, compreende-se que, enquanto no *contempt* criminal importa o fato de o ato provocar a má reputação da corte, no *contempt* civil importa o poder do ato de frustrar direito alheio prescrito por uma corte de justiça.

4.2 A MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 14 DO CPC E AS ASTREINTES

Levando em consideração a distinção operada no capítulo anterior, apresenta-se adequada a afirmação de que a multa prevista no parágrafo único do art. 14, do CPC, tem uma maior aproximação com o *contempt* criminal, pois não se encontra prevista com o escopo principal de fazer com que a outra parte receba tempestivamente e especificamente a tutela pleiteada, mas com a função primordial de punir aquele que atentou, na forma do dispositivo, contra a dignidade da jurisdição.

Logicamente não se pode negar que essa multa reflete de forma positiva para que a parte contrária receba o bem da vida pleiteado em tempo, apenas se destaca não ser esta a sua finalidade específica ou primordial.

Ressalta-se ser uma das marcantes distinções entre tal multa e as astreintes o fato de o valor das astreintes ter como destino o patrimônio da parte adversa, enquanto o parágrafo único do art. 14 do CPC deixa bastante claro ser o valor da multa por este prevista encaminhado aos cofres públicos. Tanto que determina, inclusive, a possibilidade de sua cobrança através de execução fiscal.

¹⁴ ASSIS, op cit., p. 20.

¹⁵ Ibidem.

Cabe apontar o limite de vinte por cento do valor da causa para a multa do referido parágrafo único. Esse limite não se encontra previsto para a multa que, no presente estudo, tem-se denominado de *astreinte*.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, ainda, apontam a distinção relativa à natureza da decisão que comina *astreinte* daquela que aplica a multa do parágrafo único. Esses estudiosos afirmam: “Por fim, tem-se que a decisão que comina a multa do art. 461, CPC, tem natureza jurisdicional, enquanto que a que comina a multa do art. 14, p. ún, tem natureza administrativa”¹⁶.

Por outro lado, tem-se a *astreinte* como forma de repelir o *contempt* civil, pois, como se afirmou em capítulo anterior, a multa por descumprimento de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa certa tem o escopo primeiro de fazer valer para a parte a decisão a seu favor proferida pelo tribunal.

Logo, independente do posicionamento que se tome em relação ao tema em estudo, não se pode negar a importância da imposição da multa dentro da noção de autoridade das decisões judiciais, pois, insiste-se, por mais frágil que seja, tal multa apresenta-se, em certos casos, como o único meio de garantir a efetividade e, até mesmo, a autoridade da decisão jurisdicional.

4.3 A MULTA DO CONTEMPT E A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA

Aponta-se, inclusive, que diferentemente do que ocorre com a discussão envolvendo a questão eleita como tema do presente estudo, a questão envolvendo o destino da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC, apresenta maior concordância entre seus estudiosos.

Isso porque já se ressaltou a profunda ligação dessa multa com o *contempt of court*, a ponto de alguns doutrinadores de renome denominá-la de multa do *contempt of court*¹⁷. Nesse ponto, então, parece, como vem entendendo a doutrina, o resguardo da autoridade da jurisdição vencer, numa ponderação de interesses, o ideal de proteção àquele amparado pela razão no mérito. Desse modo, no que diz respeito a esta multa do *contempt*, até por seu caráter administrativo ressaltado por Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira¹⁸, parece tranquilo o entendimento pela prevalência de

16 BRAGA, op. cit., p. 356.

17 AMARAL, op. cit., p. 61.

18 BRAGA, *Ibidem*.

sua aplicação ao contemnor, sujeito que desobedece ou embaraça cumprimento de medida judicial, mesmo no caso da improcedência final da demanda em face deste.

Ainda merece atenção, o fato de a multa do parágrafo único do art. 14, conforme se apontou anteriormente, ser tão claramente distinta da multa do art. 461 e art. 461-A que se admite tranqüilamente a cumulação dessas multas. Nesse sentido, posicionam-se Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁹.

Logo, é possível diante de um descumprimento de decisão judicial que imponha *astreintes*, aplicar ainda a multa do *contempt*, dentro do previsto pelo parágrafo único do art. 14.

Assim, surge, de logo, a indagação se não seria um excesso a cumulação de multas sobre um sujeito vencedor da lide.

Ironicamente, tal cumulação poderia inclusive levar o vencedor da demanda a ter seu patrimônio diminuído após se chegar a um termo o processo que, nesse raciocínio, venceu apenas em teoria.

5 POSIÇÃO DA DOUTRINA E RESSALVA DO IMPOSSÍVEL

A questão levantada no presente estudo não se encontra pacificada na doutrina, existindo tanto autores defendendo, em caso de improcedência da demanda, a permanência das *astreintes*, como autores, no mesmo caso, defendendo a supressão da multa.

Dentre os estudiosos brasileiros que tratam diretamente do tema, constatou-se o fato de apenas uma minoria defender a permanência da multa no caso da improcedência da demanda.

Sempre citado como o defensor dessa tese, Joaquim Felipe Spadoni entende haver relação extremamente forte entre a autoridade da decisão judicial e as *astreintes*, opinando, portanto, que a exigibilidade da multa pecuniária não recebe nenhuma influência da relação jurídica de direito material²⁰.

Spadoni deixa bem claro seu entendimento ao afirmar o seguinte:

A constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor é irrelevante para a exigibilidade da

19 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 83.

20 SPADONI, op. cit., p. 182.

multa pecuniária, justamente porque esta não leva em consideração eventual violação de direito material, mas de uma obrigação processual, de todo independente daquela²¹.

No mesmo sentido, o professor Sérgio Cruz Arenhart que, também, observa a relação entre autoridade e *astreintes*, como se pode vê de sua afirmação:

Quanto ao escopo da multa, já se disse reiteradamente, presta-se ela a proteger a autoridade da função jurisdicional. Seu objetivo não é proteger diretamente o interesse do autor, senão dar efetividade à decisão do Estado, concretizando o *imperium* de que é dotada.²²

Arenhart fundamenta sua conclusão da seguinte apontando que: “autorizar a parte a descumprir a ordem judicial quando ela vislumbre a possibilidade de sagrar-se vencedora ao final é, ao que parece, retornar à discussão sobre a possibilidade ou não de decisões injustas”²³.

Nesse sentido, Livia Cipriano pontua: “no entanto, não nos parece que descumprir uma ordem judicial seja insignificante. Esta, uma vez publicada, enquanto vigente, ainda que venha a ser modificada posteriormente, deve ser cumprida”²⁴.

Em oposição a tal pensamento, a Ministra Eliana Calmon afirma: “no meu entender, se após a cognição plena e exauriente o juiz conclui não ter o autor razão, ou ter sido o processo inútil, porque defeituoso ou carente, naturalmente não pode prevalecer a eficácia da tutela antecipatória”²⁵.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, portanto, entende que a eficácia da tutela não deve prevalecer se há julgamento contrário àquele provisório, o mesmo se aplicando em relação as sentenças sujeitas ao duplo grau de jurisdição²⁶.

Para a citada Ministra, cabe a aplicação analógica da Súmula 405 do STF, observe-se:

²¹ SPADONI, op. cit., p. 184.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

²³ *Ibidem*, p. 372-373.

²⁴ DAL PIAZ, Livia Cipriano. Os Limites da atuação do juiz na aplicação das *astreintes*. **Revista Jurídica**, v.53, São Paulo, Orgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, p. 76, 2005.

²⁵ CALMON, Eliana. **Tutelas de urgência**. Juris síntese IOB: Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. Porto Alegre: Síntese, set. out. 2004. p. 8.

²⁶ *Ibidem*, p. 9.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em relação ao mandado de segurança, fez editar a súmula 405; parece-me perfeitamente aplicável à espécie, ao enunciar: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”²⁷.

Juristas como Paula Sarno, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira, acompanham, fundados não necessariamente nas mesmas razões, essa posição da Ministra Eliana Calmon, que parece ser a majoritária na doutrina. Atente-se para a lição da obra conjunta desses juristas:

Efetivamente, somente quando o beneficiário da multa se tornar, ao fim do processo, o vencedor da demanda é que fará jus à cobrança do montante. Assim o é porque a multa é apenas um meio, um instrumento que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio)²⁸.

Luiz Guilherme Marinoni também se encontra entre os defensores da supressão da multa no caso de improcedência da demanda, entendendo que somente o beneficiário vencedor terá direito a embolsá-la²⁹. Em obra distinta, Marinoni acrescenta:

Se nosso sistema confere ao autor o produto da multa, é completamente irracional admitir-se que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executado (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória³⁰.

É pertinente, então, a análise da posição de Guilherme Rizzo Amaral, autor de livro tratando apenas sobre as *astreintes*, que também

27 Ibidem, p. 8-9.

28 BRAGA, op. cit., p. 360.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 110.

30 Ibid, p. 181-182.

se filia à corrente majoritária, fazendo, inclusive uma crítica ao entendimento de Joaquim Felipe Spadoni, atente-se:

Parece-nos equivocada a opinião de Joaquim Felipe Spadoni, citada linhas atrás, no sentido de que a multa estaria desvinculada da obrigação material imposta, configurando uma resposta à violação de uma obrigação processual (ordem judicial). Parece que o autor faz aqui uma confusão entre as *astreintes* e a multa por *contempt of court*, que, como já se viu acima, são coisas diferentes³¹.

Ainda cabe ressaltar a opinião de Eduardo Talamini, para quem a tutela da autoridade judicial não pode ser exercida contra o ordenamento jurídico, pois esse ordenamento é a fonte do poder estatal; assim, quando a parte autora não tenha razão, a tutela da autoridade jurisdicional acaba por operar no vácuo, não mais merecendo ser protegida autonomamente.³²

5.1 IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DA PRESTAÇÃO

Deve-se ter em mente que certos casos merecem um enfoque especial, por se tratarem de situações excepcionais. Tem-se, assim, que dar atenção redobrada aos casos de impossibilidade material do provimento determinado pelo magistrado.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem a noção de impossibilidade, afirmando que: “A prestação é considerada fisicamente impossível quando é irrealizável, segundo as leis da natureza.”³³

Caso se determine aplicação de astreinte para forçar um cumprimento de prestação impossível, não há, em princípio, como se exigir da parte tal multa. Isto porque, mesmo que se defenda a manutenção da multa por descumprimento da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, não há como sustentar a permanência da multa se o que foi determinado pelo magistrado foge da realidade.

A *astreinte*, como se disse, tem o objetivo de pressionar a parte a cumprir determinada prestação, mas se a prestação já se mostra fora da esfera de possibilidade da parte, não há razão para pressioná-la ou para ameaçá-la.

³¹ AMARAL, op. cit., p. 68.

³² TALAMINI, op. cit., 255.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36.

Essa é uma noção bastante tradicional no Direito, sendo notório o clássico brocardo romano *Ad impossibilia nemo tenetur*, significando que ninguém é obrigado a fazer o impossível.

Deve-se apontar, ainda, observando novamente o texto do §6º do art. 461, do CPC, que qualquer valor a título de multa por descumprimento de obrigação de realizar o impossível é excessivo, por ser descabida a própria multa, devendo, pois, ser revisto o seu valor para igualá-lo a zero.

Em última análise, vê-se que, mesmo que o demandante vença no mérito, se a prestação imposta através de astreinte for de logo impossível, não deve subsistir tal multa, sob pena de enriquecimento ilícito da parte beneficiada.

6 JUSTIÇA E AUTORIDADE DA DECISÃO JURISDICIONAL

Diante das considerações feitas, pode-se perceber que a questão ora problematizada põe, em lados opostos, princípios basilares do direito.

Em primeiro plano, tem-se o princípio da justiça, objetivo, ao menos retórico, de todo ordenamento jurídico, representado, no caso em tela, pelo fato de se ter como vencedor da lide aquele que demonstrar ter sua pretensão amparada pelo direito posto.

Em oposição, tem-se a necessidade de preservação da decisão jurisdicional ligada fundamentalmente ao princípio da segurança jurídica. Isso porque, não há segurança, não há estabilidade, nem previsibilidade sem que haja autoridade por parte do poder encarregado de decidir os conflitos.

A reflexão, nesse ponto, relaciona-se ao que se deve privilegiar em cada caso, a necessidade de dar o exemplo de rigor ao observar o descumprimento de uma ordem judicial, ou a tentativa de encontrar a proporcionalidade, a justiça do caso concreto.

Tem-se a consciência, todavia, que uma conclusão diante de tal análise será muito mais ideológica do que propriamente jurídica.

Dessa forma, o que parece ser mais adequado, num estudo como o presente, é tentar encontrar a solução que mais se harmoniza ao ordenamento jurídico nacional.

Por isso, buscou-se, até o presente momento, uma reflexão quanto à questão à luz do direito posto brasileiro, questionando-

se, aos poucos, a coerência e a razoabilidade de cada item estudado com o tema central.

6.1 POSICIONAMENTO PESSOAL FACE ÀS CONSIDERAÇÕES APRESENTADAS

Logo após toda a análise desenvolvida, pode-se afirmar que, ao menos aparentemente, o ordenamento jurídico brasileiro, com relação as *astreintes*, não buscou, exatamente, garantir a autoridade das decisões judiciais, mas, de forma primordial, pressionar determinada parte ao cumprimento de prestação que o Magistrado, mesmo em cognição sumária, entendesse devida.

Por outro lado, através da multa do parágrafo único do art.14 do CPC, o ordenamento realmente parece ter privilegiado a preservação da autoridade jurisdicional. Por isso, como já se apontou, a denominação de multa do *contempt* para a multa prevista nesse dispositivo.

Assim, parece ter o CPC proposto um sistema no qual o *contempt of court* não fica impune, mas possui uma sanção limitada por percentual do valor da causa e direcionada ao Estado, e, ao mesmo tempo, não se desconsidera a razão da parte no mérito. Isso porque o sistema adotado parece tender para que as *astreintes* não sirvam primordialmente como punição, não devendo subsistir caso a parte demandada demonstre ter razão e seja vencedora na causa.

Desse modo, apesar de se reconhecer a função das *astreintes* em mitigar ou evitar o *contempt of court*, especialmente o *contempt civil*, é inegável que, em princípio, o ordenamento jurídico brasileiro não privilegiou a natureza punitiva para esta multa, ou até mesmo a natureza educativa, diferentemente do que parece ter previsto para a chamada multa do *contempt*. Nesse sentido, afirma Marinoni:

A multa não tem o objetivo de penalizar o réu que não cumpre a ordem; o seu escopo é o de garantir a efetividade das ordens do juiz. A imposição da multa para o cumprimento da ordem é suficiente para realizar este escopo, pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa. Ora, se a coerção está na ameaça, e ninguém pode se dizer não ameaçado por uma multa imposta na tutela antecipatória ou na sentença de procedência – ao menos quando o entendimento do tribunal não é radicalmente oposto ao do juiz de

primeiro grau –, não há por que se penalizar o réu que, descumprindo a ordem, resulta vitorioso no processo³⁴.

7 CONCLUSÃO

Fica a impressão de que o ordenamento jurídico brasileiro enfrenta a questão de forma bastante cautelosa, pois, como se afirmou, procura punir, dentro de limites previamente impostos, o *contempt of court*, através da multa do Parágrafo Único do art. 14 do CPC, reservando para essa multa um papel específico de evitar ato atentatório à jurisdição. Por outro lado, oferece as astreintes como um verdadeiro mecanismo de pressão, uma forma de fazer com que determinada parte encaminhe-se ao cumprimento da prestação da forma mais célere possível.

Logo, cada multa parece ter sua função específica, de forma que nem a justiça do caso concreto seja ameaçada pela prevalência de *astreintes* que não possuem qualquer limite pré-determinado de valor, nem seja afastada uma forma de punição ao que atua contrariamente à própria autoridade da decisão judicial, o que, como já se apontou, ocorre pela aplicação da multa do *contempt*.

Assim, considerando a prevalência da natureza instrumental das *astreintes* sobre seu caráter punitivo, tomou-se o posicionamento apontado no final da análise.

Todavia, a questão, como se falou, não está fechada, parecendo ser a maior conquista da análise realizada não o posicionamento pessoal, mas o fato de se ter agrupado os pontos em torno dos quais gravita a discussão, de modo a ser um trabalho que, mesmo tomando uma posição final, informa os interessados pelo tema, para que estes sigam pelo caminho que entenderem mais razoável.

8 REFERÊNCIAS

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 - Multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio Janeiro, 2006.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 110.

- _____. O Contempt Of Court no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, 111: 18-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.
- _____. Manual da execução. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As reformas do Código Processo Civil**. Condições de uma avaliação subjetiva, In: temas de Direito Processual. Saraiva, 1997.
- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Podivm, 2007.
- CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. **Juris síntese IOB**: Legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. Porto Alegre: Síntese, setembro/outubro de 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. Algumas questões sobre as *astreintes* (multa cominatória). **Revista Dialética de Direito Processual**. 15: 95-104. São Paulo: Dialética, jun. 2004.
- DAL PIAZ, Livia Cipriano. Os limites da atuação do juiz na aplicação das astreintes. **Revista Jurídica**, 328: 63-82, São Paulo, Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, 2005, v. 53.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1998.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. v. 3. São Paulo: Atlas, 2005.
- SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; Wambier, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à segunda fase da reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.