

BRUNO MARZULLO ZARONI

EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA
A problemática em relação à pessoa jurídica

CURITIBA
2007

BRUNO MARZULLO ZARONI

EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA

A problemática em relação à pessoa jurídica

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO MARZULLO ZARONI

EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA A problemática em relação à pessoa jurídica

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Professor Doutor

Professor Doutor

Curitiba, julho de 2007.

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
1 INTRODUÇÃO	1
2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS AO ESTUDO DA MULTA	6
2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	6
2.2 PRINCÍPIO DA INCOERCIBILIDADE DA VONTADE HUMANA	7
2.3 O REFLEXO DO IDEÁRIO LIBERAL NO PLANO PROCESSUAL	13
2.4 A CARÊNCIA DE MECANISMOS DE COERÇÃO AO CUMPRIMENTO DIANTE DOS NOVOS DIREITOS	17
2.5 O SISTEMA EXECUTIVO DO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ...	23
2.6 A MULTA E A TUTELA ESPECÍFICA DOS DIREITOS	30
3 TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS	35
3.1 TUTELA DOS DIREITOS	35
3.2 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS	41
3.3 TÉCNICA PROCESSUAL	44
3.4 A NECESSIDADE DE QUE A MULTA SEJA PENSADA A PARTIR DAS TUTELAS DO DIREITO	46
4 A MULTA NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	52
4.1 INTRODUÇÃO	52
4.2 BREVES REFLEXÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	52
4.3 A MULTA COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO EXECUTIVO ADEQUADO	62
5 TÉCNICAS DE EXECUÇÃO COERCITIVA NO DIREITO COMPARADO	69
5.1 A <i>ASTREINTE</i> NO DIREITO FRANCÊS	69
5.1.1 Conceito	69
5.1.2 Gênese e Evolução	72
5.1.3 <i>Astreintes</i> e Ressarcimento dos Danos	74
5.1.4 Função Sistêmica	77
5.1.5 Setor de Aplicação	78
5.1.6 Possibilidade de Pronunciamento da <i>Astreinte</i> de Ofício e Competência	81
5.1.7 Titularidade do Crédito	82
5.1.8. Características	85
5.1.9 Reflexões Conclusivas	86
5.2 <i>ZWANGSGELD</i> : A MULTA DO SISTEMA GERMÂNICO	86
5.2.1 Panorama da Tutela Executiva no Direito Alemão	86
5.2.2 Prioridade da Execução na Forma Específica	89
5.2.3 Críticas ao Sistema Executivo Alemão	92
5.2.4 Setor de Aplicação da Execução Coercitiva	94
5.2.5 Breve Análise da Multa	97
5.2.6. O Necessário Confronto entre a <i>Zwangsgeld</i> e as <i>Astreintes</i>	103
5.3 <i>CONTEMPT OF COURT</i>	104
5.3.1 Introdução	104
5.3.2 Conceito	107
5.3.3 Breve Nota Histórica	108
5.3.4 Fundamentos do <i>Contempt of Court: Inherent Powers</i>	112
5.3.5 Classificações do <i>Contempt of Court</i>	119
5.3.5.1 <i>Direct e Indirect Contempt</i>	119

5.3.5.2 <i>Civil Contempt</i> e <i>Criminal Contempt</i>	122
5.3.6 Aspectos Procedimentais	126
5.3.7 Funções do <i>Contempt of Court</i>	128
5.3.8 <i>Contempt of Court</i> como Medida de Execução Indireta	129
5.3.9 Meios Executivos Aplicados no Caso de <i>Civil Contempt</i>	133
6 A MULTA NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA	142
6.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	142
6.2 RECENTE EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	142
6.3 FUNÇÃO DA MULTA NA ATUAL SISTEMÁTICA PROCESSUAL	149
6.4 NATUREZA JURÍDICA	159
6.5 CARACTERÍSTICAS DA MULTA	161
6.5.1 Caráter Coercitivo	161
6.5.2 Caráter Instrumental	163
6.5.3 Caráter Processual	164
6.5.4 Caráter Público	165
6.6 A SENTENÇA MANDAMENTAL	166
6.7 ÂMBITO DE APLICAÇÃO	168
6.8 CABIMENTO DA MULTA	171
6.9 COMINAÇÃO DE OFÍCIO	179
6.10 INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E MULTA CONVENCIONAL	182
6.11 VALOR DA MULTA	190
6.11.1 Limites do Valor da Multa	190
6.11.2 Critérios para o Arbitramento do Valor da Multa	193
6.11.3 Adequação do Valor	198
6.12 PERIODICIDADE DA MULTA	202
6.13 A MULTA E A COISA JULGADA	205
6.14 MOMENTO DE APLICAÇÃO	207
6.15 INÍCIO DA INCIDÊNCIA E DURAÇÃO	208
6.15.1 Fixação de Prazo Razoável para Cumprimento	208
6.15.2 Termo Inicial	210
6.15.3 Cessação da Incidência	211
6.16 DO CRÉDITO DECORRENTE DA MULTA	213
6.16.1 Beneficiário do Crédito no Direito Brasileiro	213
6.16.2 Soluções no Direito Comparado	218
6.16.3 Exigibilidade do Crédito	222
6.16.4 Execução do Crédito	227
7 EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA: A PROBLEMÁTICA EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA	229
7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	229
7.2 A PERCEPÇÃO DO PROBLEMA PELA DOCTRINA BRASILEIRA	234
7.2.1 A Perspectiva de Marcelo Lima Guerra	234
7.2.2 A Perspectiva de Sérgio Cruz Arenhart	236
7.2.3 A Perspectiva de Luiz Guilherme Marinoni	238
7.3 A QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO	240
7.3.1 Direito Norte-americano	241
7.3.2 Direito Inglês	253
7.3.3 Direito Canadense	254
7.3.4 Direito Espanhol	258
7.3.5 Direito Argentino	260

7.4 A NECESSIDADE DE QUE A MULTA EXERÇA PRESSÃO SOBRE A PESSOA FÍSICA QUE CORPORIFICA A VONTADE DA PESSOA JURÍDICA	263
7.5 A DISMISTIFICAÇÃO DO DOGMA DE QUE O JUIZ NÃO PODE EMITIR ORDENS CONTRA TERCEIROS	269
7.5.1 Primeiras reflexões	269
7.5.2 A Figura do Responsável pelo Descumprimento das Decisões Mandamentais (art. 14 do Código de Processo Civil)	272
7.5.3 A Destinação da Multa Coercitiva para o Responsável pelo Cumprimento da Decisão Judicial	281
7.6 O RECURSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	284
7.7 O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS (ART. 461, § 5.º DO CPC)	291
7.8 CRITÉRIO DE APLICAÇÃO	294
7.9 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DECISÓRIO E DE CONTROLE DA RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL	297
7.10 GARANTIAS PROCESSUAIS	307
7.11 EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA CONTRA O PODER PÚBLICO	310
7.12 BREVE ANÁLISE DE RECENTES CASOS JULGADOS POR TRIBUNAIS BRASILEIROS	320
CONCLUSÕES	328
REFERÊNCIAS	334

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo primordial o estudo atinente à efetividade da execução por meio de multa dando ênfase, sobretudo, à problemática em relação à pessoa jurídica. A eficácia desse meio executivo pressupõe que o sujeito que deva cumprir a ordem judicial seja também aquele que sofrerá o prejuízo decorrente da incidência da multa. Denota-se, portanto, o risco de inefetividade da aplicação da multa quando essa é dirigida à esfera de outrem, que não aquele que deverá cumprir o comando judicial. A forma propugnada para superar tal impasse é direcionar a multa para a esfera da pessoa física que, no âmbito da estrutura institucional da pessoa jurídica, seja responsável por dar cumprimento à decisão judicial (autoridade pública, diretores, funcionários, dentre outros). A fim de demonstrar a pertinência e a legitimidade de tal proposta, o estudo desenvolve-se em várias frentes e assume como referencial hermenêutico o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

ABSTRACT

The work studies and discusses, as general object, the coercive fine regulated in the Brazilian Civil Procedure Code. The relevance of this enforcement mechanism is directly associated with jurisdictional protections of duties of doing and abstain from doing. Primarily, the study demonstrates a panoramic view of this form of procedural protection and raises questions on the way foreign law protects and enforces these sorts of obligations. Besides, as the foremost research's purpose, the work intends understand the assumption failure of imputing coercive fines to corporations (private and publics). Finally, in attention of providing effectiveness to the coercive fine - and to the situation that requests law protection-, the essay proposes to formulate a theoretical base in the authorization to impose coercive sanctions directly to the persons that embodies a corporation's mind set or to those who possess the legal power to obey and comply with jurisdictional orders.

1 INTRODUÇÃO

Dentro de uma postura doutrinária que assume como referencial hermenêutico o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e que se posiciona criticamente atenta à relação de adequação entre a técnica processual e as necessidades substanciais que demandam intervenção do Poder Judiciário, torna-se imperioso vislumbrar os pontos críticos do sistema processual.

Impende, com efeito, que sejam identificadas e minuciosamente dissecadas as áreas em que se percebem deficiências ou pontos de fragilidade na técnica processual, máxime por que é por intermédio desta que a legislação viabiliza a tutela do direito.

Nesse diapasão, para uma abordagem crítica do sistema processual urge identificar os pontos de primordial importância em que se demonstram particularmente relevantes as tomadas de posição. Sob esse enfoque, dentre os vários pontos cruciais de investigação, inegavelmente se destaca o tema da efetividade das decisões.

A problemática que o trabalho se propõe estudar está inserida justamente nessa temática. Parte-se do pressuposto que abordar a efetividade do processo e limitar-se tão-somente às considerações sobre o acesso à justiça, o modo operacional do processo e a justiça das decisões significaria certamente perder a dimensão teleológica e instrumental da técnica processual. Cumpre, pois, reconhecer que o Estado não se desincumbe de seu dever de outorgar efetiva tutela jurisdicional aos direitos quando não confere efetividade prática a seus julgados.

Nessa ordem de idéias, é preciso uma parada obrigatória para destacar que o sistema executivo dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil preordena técnicas processuais aptas a viabilizar a tutela dos direitos dependentes de prestações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa.

Dentre tais técnicas processuais, ocupa papel de destaque a multa, cujo objetivo primordial é emprestar força coercitiva à ordem judicial mediante o constrangimento da vontade do demandado.

Por meio da multa, ao mesmo tempo em que se salvaguarda a autoridade da função jurisdicional, identifica-se um mecanismo processual potencialmente idôneo para promover a tutela dos direitos materiais que dependam de um fazer, de um não fazer ou da entrega de coisa na medida em que induz o demandado a prestar exatamente o que prometeu (em se tratando de direitos obrigacionais) ou a observar o dever legal.

Trata-se, por conseguinte, de uma técnica indispensável para a tutela de vários direitos que dependem de prestações de conduta, isto é, prestações de fazer, de não fazer, de entrega de coisa e, em hipóteses excepcionais, de pagamento de soma em dinheiro.

Comprovadamente o emprego da multa coercitiva supera, em grande medida, os obstáculos que se opõe à efetivação das decisões, potencializando, por conseguinte, a obtenção da tutela específica do direito.

Porém, toda sua eficácia parte da premissa que o ordenado sinta-se, frente à possibilidade de experimentar o prejuízo patrimonial ensejado pela sanção, constrangido a cumprir a ordem judicial. Por via de consequência, como sua finalidade é compelir o demandado ao cumprimento, sua aplicação pressupõe que o sujeito que deve cumprir a ordem seja também aquele que sofrerá o prejuízo decorrente da fluência da multa.

Para que se compreenda essa hipótese, basta pensar no exemplo da autoridade pública que, tendo ciência de que a multa coercitiva recai sobre o patrimônio da pessoa jurídica, não dá cumprimento à ordem judicial.

Suponha-se, ainda, um caso envolvendo ordem para fazer cessar a emissão de poluentes de uma indústria. Ninguém nega que a imediata cessação do ato ilícito só ocorrerá se o diretor da pessoa jurídica – que, a rigor, não é parte no feito – tome providências no sentido de conter a propagação dos poluentes.

É precisamente à luz dessa premissa que se constata uma hipótese de inefetividade na sua aplicação: a possibilidade de a multa tornar-se inoperante

enquanto mecanismo de coerção ao cumprimento ocorre acentuadamente quando no pólo passivo da relação processual se encontra uma pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado.

É aí que reside a grande problemática da efetividade da execução por meio de multa contra a pessoa jurídica. Denota-se a ineficácia da aplicação dos meios coercitivos quando esses são dirigidos à esfera de outrem (que não aquele que deverá cumprir a ordem judicial).

Identificado esse quadro de inoperância da multa, é natural que se indague: *é possível que seja superado tal impasse?*

A obtenção da resposta a essa pergunta é o *objeto central da presente dissertação* cujo desenvolvimento é estruturado a partir da seguinte *hipótese*: se é verdade que o cumprimento do comando contido na decisão judicial, quando endereçado à pessoa jurídica, depende de ato daqueles que a dirigem, a multa – enquanto mecanismo de pressão psicológica – só atingirá seu escopo caso incida na esfera da pessoa física responsável pelo cumprimento da decisão.

É bem verdade que o enfrentamento de tal temática não pode ser feito de forma dissociada de outras questões igualmente relevantes e que, em última análise, servem de estrutura teórica para o exame do problema com o qual se depara. Há, portanto, antes de se voltar propriamente ao tema proposto, que se percorrer um trajeto metodológico destinado à compreensão dos vários aspectos que envolvem a execução por meio de multa.

Para a consecução desse desiderato, no Capítulo 2 desta dissertação, o trabalho se inaugura voltando-se ao exame da influência dos valores liberais na estruturação da técnica processual. Pretende-se, nesse capítulo, mediante uma análise de caráter geral, compreender como o dogma da incoercibilidade da vontade humana, cuja raiz remonta os fundamentos ideológicos do liberalismo, tornou-se um óbice à possibilidade de coagir a vontade do demandado mediante meios executivos de coerção indireta.

Ao lado disso, propõe-se a examinar como, de forma gradativa, as transformações do Estado e da própria sociedade fizeram avultar a necessidade de técnicas processuais consentâneas com o novo cenário histórico e com os novos direitos, muitos dos quais dependentes de proteção através de ordens de fazer e de não fazer.

Na seqüência, para o adequado estudo da execução por meio de multa, faz-se necessária a compreensão da distinção entre tutela dos direitos, tutela jurisdicional e técnica processual, bem como a perspectiva teórica que justifica a compreensão do processo civil a partir desses conceitos.

No Capítulo 4, objetiva-se alinhar noções sobre como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva imprime profundas mudanças na técnica processual e na atividade executiva do juiz.

Dedica-se o Capítulo 5 ao estudo das técnicas de execução indireta – e, mais precisamente, da execução por meio de multa - presentes no direito estrangeiro. O estudo limita-se, todavia, à análise de figuras que se demonstram vinculadas ao tema, seja pelas semelhanças ou por compreender contribuições e alternativas para o aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro. Por isso, do ponto de vista metodológico, opta-se por se privilegiar o exame dos mecanismos de execução coercitiva no sistema francês (*astreintes*), no sistema germânico (*zwangsgeld*) e na *common law* (*contempt of court*).

O exame da multa coercitiva presente na sistemática processual brasileira é o tema presente no Capítulo 6. O interesse específico dirige-se à sistematização desse meio executivo tendo em vista os questionamentos e as discrepantes interpretações que seu emprego tem suscitado, tanto no terreno doutrinário quanto na seara jurisprudencial. Para tanto, cumpre examinar, dentre outros aspectos, a função sistêmica da multa, a sua natureza e características, o seu campo de aplicação, as hipóteses de seu cabimento, a possibilidade de sofrer modificações, assim como os

influxos que tal meio executivo sofre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Finalmente, no Capítulo 7 é que se investiga o tema central da presente pesquisa: a problemática da efetividade da execução por meio de multa em face da pessoa jurídica. Eis, portanto, a temática para a qual este estudo busca contribuir.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS AO ESTUDO DA MULTA

2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo da multa coercitiva prevista para a tutela dos direitos dependentes de prestações de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa (art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor) pressupõe que se estabeleçam, ainda que em linha de extrema generalização, algumas premissas.

Pretende-se neste capítulo, mediante uma análise de caráter geral, compreender como o dogma da incoercibilidade da vontade humana, cuja raiz remonta os fundamentos ideológicos do liberalismo, tornou-se um óbice à possibilidade de coagir a vontade do demandado. É possível adiantar que, por muito tempo, prevaleceu a idéia de que o juiz não poderia emitir ordens, muito menos empregar meios de pressão psicológica para coagir a vontade humana a fim de alcançar o cumprimento da prestação necessária à tutela do direito.

Esse dogma tem origem nos ideais do Estado Liberal, os quais, agasalhando o princípio romano *nemo ad factum praecise cogi potest*, cristalizaram o postulado da intangibilidade da vontade humana.

Um dos principais resultados disso no campo processual foi a formação da estreita vinculação entre condenação e execução por sub-rogação. Por sua vez, a correlação entre sentença condenatória e execução forçada deixou à margem da proteção jurisdicional uma série de direitos que não podem ser tutelados mediante o ressarcimento em pecúnia.

Pouco a pouco, as transformações do Estado e da própria sociedade fizeram avultar a necessidade de técnicas processuais consentâneas com cenário histórico contemporâneo e com os novos direitos, muitos dos quais dependentes de proteção através de ordens de fazer e de não fazer. Nesse horizonte, como será examinado, é

que se insere o uso da multa como meio executivo destinado a induzir o demandado ao cumprimento das ordens judiciais.

2.2 PRINCÍPIO DA INCOERCIBILIDADE DA VONTADE HUMANA

O princípio da incoercibilidade da vontade humana influenciou expressivamente a formação de muitas das instituições processuais.¹

De acordo com esse dogma, a autonomia e a liberdade deveriam ser resguardadas com tal dimensão que nenhuma atividade do Estado poderia imiscuir-se na esfera inacessível da vontade individual. Conduzido ao extremo, tal dogma resultou por determinar que os meios executivos sejam rigorosamente limitados a medidas de natureza sub-rogatória. A resistência oposta, com frequência, até mesmo em relação à multa coercitiva, como mecanismo de feição patrimonial capaz de fortalecer a observância dos pronunciamentos judiciais, revela a superestimação do conceito de autonomia da vontade e a adoração irrefletida do princípio segundo o qual o indivíduo livre não pode ser compelido ao cumprimento senão mediante o próprio arbítrio (*nemo ad factum praecise cogi potest*).

Esse princípio determinou, em última análise, que as obrigações de fazer e de não fazer fossem desvinculadas das formas de execução específica, tendo o credor que se contentar com a tutela pelo equivalente nas hipóteses em que o devedor, embora condenado a executar a prestação a que estava adstrito, se opusesse à decisão judicial.

Para que se compreenda isso sob um ângulo histórico-cultural, há que se perceber que os ideais do liberalismo conferiram particular configuração ao Estado - o modelo ideal de Estado mínimo, caracterizado por raríssimas intervenções no âmbito social - e sobremaneira relevância à vontade e liberdade do indivíduo². Tais aspectos

¹ Ver, a respeito: SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997, p. 209-225; CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980, p. 37-108.

² “Dentre os elementos que devem ser sopesados, em relação ao século passado, portanto, está a análise e compreensão do Liberalismo e de toda sua significação, nessa época, tendo em vista a

se mostraram coerentes com a tendência de romper com o regime aristocrático, que concentrava os poderes na mão do monarca em detrimento dos interesses da sociedade e, notadamente, da classe burguesa que, não obstante incorporasse de forma expressiva o poder econômico, se via tolhida em sua liberdade face ao regime vigente.³

Nesse contexto histórico, os fundamentos teóricos do individualismo e do liberalismo se irradiaram para os vários campos das ciências e da vida social, de modo que, no âmbito do direito, toda a teoria dos negócios jurídicos passou a adotar tais valores. A normatização jurídica determinava como pólo central o indivíduo livre. O indivíduo passa a ser “sujeito de direito” na nova ordem social, podendo ao seu bel prazer dispor de seus bens e contrair obrigações. As obrigações entabuladas - com base na autonomia da vontade do contratante - eram lei entre as partes, não incumbindo ao Estado ingerir-se no funcionamento do mercado de trocas⁴.

O individualismo não somente marca a consolidação do projeto moderno, mas também a teoria jurídica moderna, em especial a teoria contratual. Permite, com

idéia de liberdade dos indivíduos, a que foi correlata a de um Estado apequenado. Se enfocarmos esse tempo através de uma visão idealista, deveremos ter presente a promessa densamente embutida no Liberalismo, de que, com a liberdade máximo, e por isso mesmo, o Estado haveria ser diminuto, os homens encontrariam felicidade, o que foi pensamento central na obra de Rousseau, em seu Contrato Social, e que teve influência fundamental nesse tempo. O movimento, pois, entre outras promessas, prometia felicidade.” (ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – Direito material e processo. **Revista de Processo**, n. 99, 2000, p. 34).

³ Assim expõe Borre: “Il concetto tradizionale di incoercibilità del fatto umano, *ne homini liber vis fiat*, trovò una favorele ambientazione nel codice Napoleone, dominato come esso era dalle idee del secolo XVIII, tradotte in realtà politica dalla rivoluzione francese.” (BORRÉ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Napoli: Jovene, 1966, p. 19).

⁴ Enzo Roppo esclarece que “a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhes estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos; *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 32).

inigualável êxito, adequar os valores burgueses à doutrina jurídica, consolidando o Estado moderno burguês e o capitalismo. Possibilita, enfim, a elevação da propriedade e a sua circulação como eixo central da sociedade, estipulando a liberdade individual, exteriorizada na manifestação livre de vontade de sujeitos de direito, como preceito jurídico base.

Entretanto, o pressuposto da liberdade individual tornou-se um óbice à tutela de uma série de diferenciadas situações substanciais. O ordenamento jurídico de matriz liberal não permitia que o sujeito de direito fosse compelido a executar a prestação a que se obrigara, assim como vedava que o juiz veiculasse ordem. A sanção legal no caso de descumprimento teria de recair sobre o patrimônio do obrigado, firmando-se, assim, as bases da incoercibilidade do *facere*.⁵

O postulado da incoercibilidade da vontade humana conserva, de um lado, uma feição libertária, a serviço da dignidade e da autonomia da pessoa, mas, por outro lado, traduz-se na postura do Estado Liberal, estranho à lógica e aos conflitos do mercado; um Estado que se abstém em nome do respeito à igualdade formal.⁶

⁵ Em relação ao direito brasileiro, Ovídio Baptista da Silva observa o seguinte: “A doutrina sustentada por Alfredo Buzaid é uma das tantas manifestações que confirma o entendimento de que o conteúdo do ato jurisdicional não deve conter ordem, não pode ser imperativo, posto que o juiz, como dissera Montesquieu (...), tem como missão exclusiva pronunciar as palavras da lei.” Esta é afinal a proclamação de Liebman, ao dizer que não é função do juiz dar ordens às partes.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997). Ver ainda: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 14.

⁶ “Neste sistema, fundando na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, de justiça substancial das operações económicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de fato, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos em mitos aspectos semifeudais do antigo regime, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completava reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer «contratual» equivale a dizer «justo» («*qui dit contractuel dit juste*»).(ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 35).

É nesse palco que o princípio romano “*nemo ad factum praecise cogi potest*” reencontra sua definitiva celebração no Código Civil Francês. O art. 1142 do Código de Napoleão afirma que “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento do devedor.”⁷

Importa aqui salientar, sobretudo, o caráter ideológico desse princípio no âmbito da codificação francesa.

Conforme explica Salvatore Mazzamuto, há quem entenda que o princípio da incoercibilidade do fazer constituiria um aspecto ulterior da reavaliação do papel do sujeito, isto é, da transferência do eixo da experiência jurídica para o homem, entendido como portador de prerrogativas inatas.

Salvatore Mazzamutto assevera, no entanto, que o nexos que liga o princípio da incoercibilidade das obrigações de fazer ao primado da vontade e à temática da autonomia privada no sistema das formas jurídicas dentro do qual se desenvolve a nova realidade do mercado concorrencial é mais profundo do que permite supor o resultado da não-sujeição da pessoa humana aos meios de coação direta.⁸

Isso equivale a dizer que, a rigor, o art. 1.142 do Código de Napoleão não pode ser visto apenas sob o enfoque da “consagração jurídica dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista, descuidando-se de por em evidência o nexos entre a ideologia individualista do jusnaturalismo e o processo econômico”.⁹

O significado da garantia da incoercibilidade e o recurso à sanção ressarcitória, para além de visar a defesa da liberdade individual e a salvaguarda da personalidade, liga-se diretamente às transformações intrínsecas ao desenvolvimento do processo econômico.

⁷ BORRÈ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Napoli: Jovene, 1966, p. 20.

⁸ MAZZAMUTO, Salvatore. **L’attuazione degli obblighi di fare**. Napoli: Jovene, 1978, p. 36.

⁹ MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 36.

Como assinala Arruda Alvim, “essa idéia de liberdade, crescentemente germinada desde os idos dos séculos XII e XIII, vale dizer, desde os primórdios do Capitalismo, e que resultou concretizada com a Revolução Francesa, teria servido à burguesia para engendrar um sistema obrigacional que estabelecesse condições – como efetivamente ocorreu – para o capital que detinha e vinha se acumulando, viesse a se expandir, como se verificou em escala imensa.”¹⁰

De fato, a vedação à coerção indireta diz respeito à correlação entre o esquema do contrato - compreendido como um instrumento generalizado de reprodução de trocas -, a paridade formal dos sujeitos jurídicos e o ressarcimento do dano na qualidade de sanção expressiva da nova realidade do mercado.¹¹

O contrato entendido como encontro de vontades autônomas que se conciliam a fim de dar vazão à circulação geral de mercadorias através do mercado e à mobilidade dos sujeitos no âmbito do mesmo mercado pressupõe, de fato, o máximo grau de abstração das características individuais dos sujeitos e do objeto de troca.¹²

Nesse contexto, não contam mais as qualidades do sujeito privado, se pertencente ou não a certa classe social, se é rico ou se é pobre, se é detentor de meios de produção ou se aliena a própria força de trabalho. Nem se considera a qualidade do objeto da troca: não importa se o objeto das trocas seja um bem de consumo ou um bem essencial; a propriedade de um meio de produção ou um bem voluptuário.¹³

Prevalece, nesse horizonte, um processo de abstração dos sujeitos a fim de que, sob a roupagem “*della parità formale*”, se garanta “*la funzione dello scambio attraverso un intervento (dello stato) che non alteri il naturale funzionamento dei meccanismi di mercato.*”¹⁴

¹⁰ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – Direito material e processo. **Revista de Processo**, n. 99, 2000, p. 34.

¹¹ MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 37.

¹² MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 37.

¹³ MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 37.

¹⁴ MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 37.

Como, sob a ótica do liberalismo, todos são iguais e livres, não há necessidade de que o Estado intervenha para proteger os sujeitos economicamente ou socialmente mais fracos. Verificando-se o inadimplemento, as situações substanciais, sob o falso manto da igualdade formal, encontravam tutela apenas no ressarcimento pelo equivalente.

Por essa razão é que, de acordo com Mazzamuto, a imposição do custo econômico do inadimplemento pressupõe a igualdade, ignora as características e as necessidades socialmente diversificadas dos contraentes, limita-se a exprimir, no nível da sanção, a equivalência das mercadorias.

Nessa ordem de idéias, a necessidade de “*garantire il naturale funzionamento dei meccanismi di mercato impedisce di conferire giuridica rilevanza a situazione di interesse (all’adempimento in natura) socialmente caratterizzate e, quindi, di apprestare, con il solo limite dell’impossibilità naturale, strumenti genereli di tutela esecutiva (direta o indiretta) in forma specifica.*”¹⁵

Importa realçar aqui, portanto, que o princípio da incoercibilidade das prestações inserido no art. 1142 do Código de Napoleão constitui uma resposta normativa precisa à irrelevância, no plano das relações de troca, das necessidades particularizadas das múltiplas situações substanciais.

A tutela prestada na forma específica, por pressupor a consideração das diferentes necessidades das variadas situações substanciais, “não se conciliava com os princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, próprios do direito liberal.”¹⁶

Por esse motivo, o Estado Liberal não tinha o menor compromisso em proteger bens ou direitos na forma específica, sua função, de acordo com a “*nove esigenze di riproduzione del capitale*, era, de fato, reprecinar “*i meccanismi di mercato*”.¹⁷

¹⁵ MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 39.

¹⁶ MARINONI, *Tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 344.

¹⁷ MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 38.

Assim, num terreno ideológico caracterizado pelo individualismo abstrato¹⁸ e universalizado, assim como por um Estado abstencionista, não se poderia cogitar que jurisdição viesse a corrigir as discrepâncias sociais, seja mediante a imposição de ordens, seja com a utilização de mecanismos que interferissem na até então inviolável e sagrada esfera da vontade humana.¹⁹

2.3 O REFLEXO DO IDEÁRIO LIBERAL NO PLANO PROCESSUAL

Além dessa ausência de preocupação com a tutela dos direitos na forma específica, a sedimentação do princípio da intangibilidade humana por meio do art. 1142 do Código Civil Francês carregou em si o reflexo dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, inerentes ao jusnaturalismo e ao racionalismo iluminista.²⁰

Nessa ordem de idéias, Mazzamuto explica que o nexó “*primato della volontà-libertà di contrarre-incoercibilità dei facere (idest del consenso) costituisce, in sostanza, una sicura difesa nei confronti della possibilità di un intervento sostitutivo dello stato sul terreno dei rapporti contrattuali*”.²¹

¹⁸ Como afirma Luigi Paolo Comiglo, “i concetti tradizionali sui quali l’esecuzione si funda (vale a dire: *l’astrattezza* ed il *formalismo*)” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, n. 2, apr./giu. 1994, p. 451).

¹⁹ Eis a reflexão de Enzo Roppo a respeito: “Por outro lado, liberdade contratual e igualdade formal dos contraentes apareciam como pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas também do interesse geral da sociedade. As teorias económicas então prevalentes – traduzidas no plano prático, na directiva do *laissez-faire, laissez-passer* – pretendiam, de facto, que o bem estar colectivo podia conseguir-se a melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência – a «mão invisível» da Adam Smith – teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para máximo incremento da «riqueza do da Nação».” (ROPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 36).

²⁰ “La dottrina italiana ha invece intravisto nell’art. 1142 *Cod. Nap.* nient’altro che una consacrazione giuridica dei principi di libertà e di difesa della personalità propri del giusnaturalismo e del razionalismo illuministico, trascurando di mettere in evidenza il nesso tra l’ideologia individualista del giusnaturalismo e il processo economico”. (MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 36).

²¹ MAZZAMUTO, **L’attuazione degli obblighi di fare**, p. 40.

Decorre daí - como explicam Marinoni e Arenhart - o óbice ao constrangimento da vontade do devedor para se alcançar o adimplemento na forma específica o que, por via de consequência, resultou na compreensão de que as obrigações que encerrassem prestações de fazer ou de não fazer inexoravelmente deveriam ser convertidas em perdas e danos.²²

Portanto, segundo tais autores, há um entrelaçamento histórico e ideológico entre o princípio da intangibilidade da vontade humana e a correlação necessária entre condenação e execução forçada:

A partir da tutela jurisdicional expressa em pecúnia, perfeitamente adequada à lógica do Estado Liberal, construiu-se uma técnica processual que se consubstanciava na condenação, que, em caso de inadimplemento, deveria ser seguida pelos mecanismos executivos de expropriação, destinados a permitir a realização forçada do direito de crédito, mediante penhora, a venda do bem e o pagamento do credor.²³

Realça-se, ademais, que a correlação necessária entre condenação e execução forçada “não é só uma opção pela incoercibilidade das obrigações infungíveis, mas também a própria ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana.”²⁴

Tenha-se presente que o liame histórico entre o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* e o dogma sedimentado no binômio “condenação-execução forçada” por muito tempo obstou, não só a possibilidade de o Estado prestar tutela na forma específica, deixando uma série de situações substanciais à margem da proteção

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 34.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 34.

²⁴ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 342. Arruda Alvim assim expõe: “A partir dessa concepção de liberdade, pois não se alojava, por na haver espaço, a possibilidade de *coerção* para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, mas isto ocorria, em nome e por causa, precisamente, da noção válida para a época de liberdade humana. Vale dizer, era tal o entendimento sobre a idéia de liberdade humana e, especialmente, de respeito à individualidade, por isso que era inconcebível se pudesse *coagir* alguém para fazer (ou deixar de fazer) aquilo que não se desejava, *ainda que o inadimplente, no caso, já houvesse limitado a sua conduta, pela sua vontade precedente, quando se obrigara.*” (ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – Direito material e processo. **Revista de Processo**, n. 99, 2000, p. 35).

jurisdicional, como engessou integralmente os poderes criativos do juiz, notadamente o poder de emitir ordem conjugada a medidas coercitivas.²⁵

Sensível a tal aspecto, Andrea Proto Pisani, no célebre ensaio *Appunti sulla tutela di condanna*, demonstrou que a correlação necessária entre condenação e execução forçada traz duas relevantes conseqüências de ordem prática. Como os direitos não suscetíveis de execução forçada são tutelados através do equivalente monetário, sucede a “*monetizzazione o mercificazione dei diritti*.”

Proto Pisani evidencia que a característica marcante das situações subjetivas de conteúdo não-patrimonial consiste justamente na sua “*assoluta inidoneità ad essere soddisfatte (adeguadamente) nella forma dell’equivalente monetario*”.²⁶

De outra banda, o postulado da correlação necessária, segundo o professor italiano, demonstra a inaptidão da sentença condenatória para prestar tutela preventiva já que a ela não se conjuga a “*tecnica de misure coercitive*”. A sentença condenatória está coligada à execução forçada e esta, por sua vez, “*pressupone che la violazione sia già avvenuta*”.²⁷

²⁵ “À época do direito liberal, em razão dos princípios de defesa da liberdade e da autonomia da vontade, negou-se ao juiz a possibilidade de utilizar qualquer meio executivo destinado a convencer o réu a realizar algo contra a sua vontade. Nessa linha foi expressamente vedada a utilização da multa para convencer o demandado a não fazer ou fazer. O Código Napoleão afirmou expressamente, em seu art. 1.142, que toda obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor. Não havia como se obter a tutela em natura da prestação inadimplida, mas apenas a sua conversão em dinheiro até porque o Estado, nesta época, não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter o funcionamento os mecanismos de mercado, para o que bastava uma sanção negativa, como a nulidade ou o pagamento do equivalente em pecúnia.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 72).

²⁶ PISANI, Andréa Proto. *Appunti sulla tutela di condanna*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1978, p. 1119-1120.

²⁷ Assim expõe Proto Pisani: “*perché la condanna, infatti, possa assolvere anche una funzione preventiva, occorre che la sua attuazione sia garantita non solo attraverso la tecnica della esecuzione forzata (la quale pressupone che la violazione sia già avvenuta) ma anche attraverso la tecnica delle misure coercitive dirette a provocare l’adempimento spontaneo dell’obbligato; anche a tale riguardo è appena il caso di ricordare che le situazioni soggettive a contenuto e/o funzione non patrimoniale necessitano per definizione di forme di tutela che prevengano la violazione, dato che la violazione è sempre causa di un pregiudizio irreparabile (nella misura in cui la tutela per equivalente monetario è per definizione inadeguata): l’instaurazione pertanto di una correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, escludendo che condanna possa assolvere un funzione preventiva, equivale ad affermare che la tutela di condanna è *de iure* e non solo di fatto impotente ad attuare la legger con riferimento propri a quelle situazioni soggettive cui la costituzione riserva un rango*

Portanto, sob esse duplo aspecto, vai se demarcando, pouco a pouco, um quadro crítico sobre a funcionalidade da sentença condenatória para a efetiva tutela do direito.

Não se pode perder de vista, ademais, que as motivações ideológicas que conduziram à codificação francesa, na qualidade de marco do modelo de igualdade jurídico-formal, resultaram na irrestrita exacerbação da idéia da liberdade humana e, sobretudo, levaram às últimas conseqüências a ampliação do campo de intocabilidade da vontade individual na medida em que obstaram que fossem preordenados meios de coerção indireta apropriados para a obtenção da tutela do direito na forma específica.

Muitos ordenamentos jurídicos – e o direito italiano é o mais emblemático exemplo – ainda são carecedores de técnicas processuais de coerção indireta (ao menos de caráter geral) voltadas para a obtenção da tutela específica dos direitos que dependem de um fazer ou de uma abstenção do demandado.

Vale a pena recordar que, de igual sorte ao direito italiano, a técnica processual executiva, posta originariamente no Código de Processo Civil brasileiro, marcada pelo binômio “sentença condenatória - execução forçada”, não havia sido pensada para torna realizável a tutela específica dos direitos, mas apenas para permitir o alcance da tutela ressarcitória pelo equivalente e da tutela da obrigação contratual inadimplida.²⁸

De fato, “o projeto de codificação moderna que influenciou os países de tradição romano-canônica veio caracterizada por formas típicas e rígidas execução forçada por sub-rogação impedem, com regra, a obtenção do resultado específico das obrigações fungíveis.”²⁹

superiore.” (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela di condanna. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1978, p. 1117-1123).

²⁸ MARINONI; ARENHART, *Curso de processo civil: execução*, v. 3, p. 46.

²⁹ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: RT, 2003, p. 34.

Devido a isso, o sistema processual brasileiro permaneceu, por muito tempo, operando a partir dessa matriz já que, em sua estrutura original, o Código de Processo Civil foi articulado a partir do princípio da tipicidade dos meios executivos.

Com efeito, de acordo com o sistema primitivo do Código de Processo Civil, o cumprimento de uma sentença condenatória sempre se desenrolava por intermédio de um processo executivo que apresenta variantes em consonância com a específica modalidade de obrigação nela contida.

Em verdade, em função de seu caráter repressivo, a sentença condenatória apenas se revelou uma técnica idônea no terreno dos direitos que se satisfazem com o ressarcimento pelo equivalente em dinheiro. Nesse sentido explica Marinoni: “A correlação da condenação com a execução por sub-rogação, além de expressar os valores liberais, revela que o sistema clássico de tutelas dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva dos direitos, o que certamente tinha relação com a idéia de que a única tutela contra o ilícito constituía-se na reparação do dano.”³⁰

Como se pode supor, progressivamente foi despontando a total inaptidão da sentença condenatória para a tutela da extensa maioria dos direitos.

2.4 A CARÊNCIA DE MECANISMOS DE COERÇÃO AO CUMPRIMENTO DIANTE DOS NOVOS DIREITOS

Gradualmente, a concepção liberal entra em crise à proporção que o mundo contemporâneo “penetra vertiginosamente no que se convencionou denominar

³⁰ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 31. Nesse contexto da inexistência de tutela preventiva, disseminou-se o recurso à tutela cautelar: “A inexistência de instrumento processual adequado para a tutela desses direitos, somada à irritante e desesperadora lentidão da Justiça, provocada por fatores múltiplos, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que começaram a utilizar *intensamente da ação cautelar inominada* como um meio de obtenção da antecipação da tutela postulada ou a ser postulada na chamada “ação principal”. Ocorreu, assim, desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa, e não simplesmente acautelatória.” (WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31)

‘sociedade de massa’, com a ‘terceirização’ da economia e a decorrente multiplicação das empresas prestadoras de serviços.”³¹

Acentuando tal perspectiva, assim explana Ovídio Baptista da Silva:

A economia contemporânea, da civilização pós-industrial, não é mais predominante uma economia de troca de coisas, mas ao contrário, as relações envolvem troca de fatos humanos ou giram em torno de símbolos, o que significa dizer que as relações econômicas expressam-se através de estruturas jurídicas que correspondem a prestações infungíveis.³²

A sociedade de massas assistiu ao surgimento de novos direitos sociais outrora inimagináveis no cenário individualista do Estado Liberal burguês.

Ocorre que a nova roupagem assumida por esses direitos não mais se coaduna com os mecanismos tradicionais de tutela – em especial com a sentença condenatória, nem com as limitações dos institutos processuais concebidos pela doutrina clássica. A partir do surgimento de novos direitos “era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania”.³³

Nesse horizonte fático e jurídico³⁴, no qual muitos dos direitos encerram prestações de conduta (de fazer ou de não fazer), a atividade jurisdicional não tem condições de se manter confinada aos limites da técnica condenatória, cujo efeito repressivo e ressarcitório não responde às necessidades advindas do plano substancial.

Como sublinhado pela doutrina, a inaptidão da sentença condenatória acentua-se na medida em que surgem novos direitos de conteúdo não patrimonial. Tais direitos,

³¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5 ed. São Paulo: RT, 2002, v.2, p. 342.

³² SILVA, **Curso de processo civil**, v. 2, p. 342.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, 2000, p. 10.

³⁴ Esse cenário é assim descrito por Kazuo Watanabe: “Uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos (...) à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que eles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem na esfera jurídica dos mesmos, e de inúmeros outros fatores.” (WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30).

segundo Kazuo Watanabe, “que são ordinariamente mais relevantes que os patrimoniais, tais como os absolutos da personalidade (direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à honra, à liberdade, à intimidade etc.), são jogados para a vala comum do processo de procedimento comum, ordinário ou sumaríssimo (...).”³⁵

Frederico Carpi, de modo análogo, chama a atenção para a dificuldade sistemática diante de “*nouve situazioni sostanziali che si vogliono realizzare, siano esse diritti di libertà dell’individuo, interessi coletivi, nouvi contratti del commercio interno e internazionale, tutela della propriet  industriale e tutela dei consumatori.*”³⁶

Dando conta da esterilidade da tutela ressarcitória para a prote o dos novos direitos, assim exp e Elisabetta Silvestri:

*Molti fra questi diritti, infatti, per struttura e contenuto, non trovano un’adeguata tutela coattiva nel procedimento ex art. 612 ss. c.p.c., n , d’altro canto, ammettono una tutela meramente risarcitoria. Si trata di situazioni di vantaggio molti varie, spesso a rilevanza super-individuale e relative a beni costituzionalmente garantiti, che costituiscono il lato attivo di rapporti giuridici diversi, anche di natura privata, ma con implicazioni pi  o meno spiccatamente pubblicistiche, quali ad. es. i rapporti di valoro o di famiglia. Elemento comune a queste situazioni di vantaggio   il contenuto, in tutto od in parte non patrimoniale, da cui discende il fatto che la loro lesione, un volta intervenuta,   definitiva, irreparabile, o quanto meno, non pu  essere neutralizzata da una riparazione in denaro.*³⁷

De fato, a postura tradicional, defensora de uma tutela universal condenatória correlacionada com a execu o forçada por sub-roga o, entra em crise sistêmica. Através dela o Estado não cumpre seu dever de outorgar tutela efetiva aos direitos, em especial àqueles que não comportam qualquer conteúdo pecuniário. Com efeito, a op o da tutela condenatória pela incoercibilidade das obriga es não d  atendimento

³⁵ WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obriga es de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31.

³⁶ CARPI, Frederico. Note in tema de tecniche di attuazione dei diritti. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 160.

³⁷ SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell’escuzione degli obblighi di fare e di non fare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, n. 1, 1981, p. 43-44.

aos reclames por proteção decorrentes das complexas relações sociais que marcam a sociedade contemporânea.

Como ressaltado, a sedimentação do postulado da incoercibilidade, fazendo da decisão judicial mera declaração que abre ensejo para um subseqüente processo de execução, além de dimensionar o caráter declaratório e patrimonial da sentença condenatória, traz à tona, sobretudo, os influxos da ideologia burguesa que, por sua vez, conformou a estruturação política e ideológica do Estado Liberal.

Escrevendo sobre o tema Marinoni assevera que o “conceito de sentença condenatória está comprometido com as doutrinas do que inspiraram o *Code Napoléon*, pelo qual ‘toda obrigação de fazer e de não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’ (art. 1.142), e principalmente com a ideologia que deu origem ao dogma de que a coerção das obrigações infungíveis constitui um atentado contra a liberdade dos homens.”³⁸

Trata-se de um cenário caracterizado pelo notório entrelaçamento entre as concepções teóricas do Estado Liberal (abstração, abstencionismo, igualdade formal, autonomia privada, preservação da lógica do mercado) e a sentença condenatória correlacionada à execução forçada, tudo isso somado à ampla recusa no emprego de medidas coercitivas para a tutela do direito.

Todavia, esse quadro, que encontrava justificativa quando a função do Estado confinava-se à manutenção do funcionamento dos mecanismos de mercado, não se harmoniza com os anseios da sociedade moderna.

As carências da atual etapa histórica pressupõem que o Estado, no terreno da atuação jurisdicional, outorgue proteção efetiva aos direitos à luz das peculiaridades de uma sociedade de massa cuja complexidade e expectativas normativas são variadas. As novas relações jurídicas de direito material (direito à higidez do meio ambiente, direitos autorais, direito à honra, direito à vida, direito dos consumidores, dentre outros) e o incessante influxo da Constituição – especialmente dos direitos

³⁸ MARINONI, *Tutela inibitória*, p. 342.

fundamentais - na estrutura e na atuação estatal, fazem avultar a necessidade sistêmica por técnicas processuais que se harmonizem com as diversas tutelas advindas do plano material.³⁹

É nesse novo contexto que surge um intenso debate sobre a necessidade de novas técnicas processuais, especialmente aquelas que imponham ordens de fazer ou de não fazer ao demandado para o cumprimento na forma específica.

Para evidenciar tal ordem de mudanças e seu reflexo no plano processual, é de se destacar a proposta interpretativa de Proto Pisani no intuito de redimensionar a sentença condenatória às várias situações carentes de tutela. Tal autor enumerou algumas hipóteses presentes no ordenamento jurídico italiano de situações normativamente protegidas (*tutela del diritto al nome, tutela del diritto all'immagine, inibizione di atti di concorrenza sleale*, etc.), mas que careciam de meios de atuação no plano processual já que não encontravam proteção efetiva na sentença de mero “*accertamento della situazione giuridica*”, nem eram suscetíveis de atuação por intermédio da técnica sub-rogatória da execução forçada.⁴⁰

O que se pretende destacar é que a reação de Proto Pisani contra a teoria da correlação necessária entre sentença condenatória e execução forçada, somada à tentativa de encontrar na sanção penal (art. 388 do Código Penal Italiano) uma forma de coerção indireta, traduz, sobretudo, a carência, vivenciada no sistema processual italiano, de mecanismos de execução indireta, isto é, de técnicas processuais que

³⁹ Tal necessidade de aderência da técnica processual à realidade emergente é muito bem delineada por Kazuo Watanabe: “O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações deve propiciar uma disciplina que corresponda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismo de segurança e de proteção que reajam com agilidade eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no *plano processual*, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.” (WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30).

⁴⁰ PISANI, Andraa Proto. L'attuazione dei provvedimenti di condanna. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 43-44.

operam mediante ordem acoplada a meios executivos de coerção psicológica (como é o caso da multa e da prisão coercitiva).

O fecundo e complexo debate que se observa, especialmente entre os processualistas italianos, contra a inaptidão dos instrumentos executivos tradicionais (decorrentes da estéril técnica condenatória), estes confinados a promover exclusivamente a execução por sub-rogação incidente sobre o patrimônio do devedor, é mais do que justificável.

Aliás, não é de se entranhar, nessa conjuntura, o intenso interesse da doutrina italiana pelas técnicas executivas presentes na experiência estrangeira. *Astreintes*, *contempt of court* e *Zwangstragen* são temas recorrentes na maioria dos escritos sobre o tema da atuação executiva das obrigações de fazer e de não fazer.⁴¹⁻⁴²

Analisando tal tendência presente na doutrina italiana, Ovídio Baptista da Silva obtempera que as propostas de transformação da sentença condenatória indicam,

⁴¹ A construção teórica de Proto Pisani, no que diz respeito ao recurso à pena de prisão para assegurar o cumprimento das decisões que imponham um fazer ou um não fazer, evidencia, sobremaneira, o esforço empreendido para se introduzir no direito italiano um modelo executivo à semelhança do *contempt of court*. Como explica o próprio autor, o art. 388, *comma* 1.º, do Código Penal Italiano, “pode assumir no âmbito do nosso ordenamento conjuntamente considerado a função de norma que predispõe uma forma geral de medida coercitiva através de qual se garante a atuação da sentença condenatória no caso em que a execução forçada não serve ou porque se está diante de uma obrigação infungível ou dificilmente exequível por parte de um terceiro ou porque a condenação, além de reprimir os efeitos da violação praticada, objetiva a atuar uma função preventiva.” (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela di condanna. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1978, p. 1170-1171).

⁴² Dando conta, resumidamente, das principais posições doutrinárias, Lanfranco Ferroni expõe da seguinte forma: “Il tema della tutela delle situazioni non patrimoniali, e, quindi, il tema centrale del dibattito perché è con riferimento a tali situazioni che si è manifesta e s’impone l’esigenza di addottere nuove tecniche processuali che potenzino ed attuino la tutela soddisfattoria. Tanto ciò è vero che, ad. es., la ricostruzione tesa ad ampliare il concetto di sentenza di condanna (PROTO PISANI); l’individuazione nell’escuzione procesuale diretta di una funzione compulsoria *sui generis* (MAZZAMUTO); il tentativo volto a affermare la vigenza di un sistema generalizzato di misure coercitive indirette di natura penale (PROTO PISANI); e, infine, l’auspicio, quasi unanimemente manifestato dalla doutrina, a che vengano introdotte misure coercitive indirette per l’attuazione delle sentenze di condanna emanate dal giudice civile, sono stati animati dall’esigenza esplicita di apprestare una tutela adeguata a situazione esistenziali o, in senso ampio, no patrimoniali, che, per la propria natura, rifiutano la logica resarcitoria, ed alle quali, quindi, poco si addatano i meccanismi della responsabilità patrimoniale e della espropriazione forzata.” (FERRONI, Lanfranco. *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 235-240).

no fundo, a carência de uma sentença que veicule ordem (mandamental) e que possa ser atuada mediante coerção patrimonial.⁴³

Assim, à luz dessas sintéticas considerações, é possível depreender que o surgimento dos novos direitos, destituídos de conteúdo econômico, a progressiva tomada de consciência em relação às distorções promovidas pelo ideário liberal-burguês na estrutura do Estado, somada às incessantes reivindicações advindas da complexa sociedade de massas (naturalmente marcada pela diversidade e por distintas necessidades de proteção), fez avultar a carência sistêmica por meios executivos de coerção indireta. Para além disso, torna-se latente a necessidade de que a estruturação da técnica processual outorgue ao juiz um campo de atuação desvinculado de meios executivos tipificados.

Fez-se presente, então, a necessidade de revisão não apenas da estrutura das sentenças mas, sobretudo, dos mecanismos executivos preordenados para outorgar plena proteção ao direito material, o que conduziu, inevitavelmente, a se repensar os meios executivos que operam através da coerção da vontade do devedor.

Impende, por conseguinte, dando ênfase especificamente ao objeto de presente estudo, notar as repercussões dessa tomada de consciência na estrutura das técnicas processuais destinadas à tutela dos direitos dependentes de um fazer ou de um não fazer.

2.5 O SISTEMA EXECUTIVO DO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No sistema tradicional do Código de Processo Civil de 1973, a estruturação das técnicas executivas tendentes a promover a realização dos direitos que dependessem de condutas de fazer ou de não fazer revelou-se completamente inapta para tutelar uma vasta diversidade de situações substanciais.

⁴³ SILVA, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 347.

Basta pensar que para a tutela de tais direitos, o autor teria que solicitar a condenação do réu ao fazer. Após a prolação da sentença de natureza condenatória, cabia ao autor, agora credor, promover a execução do julgado. No terreno das prestações de fazer fungíveis, duas opções se impunham ao autor: ou requisitava a conversão da obrigação em perdas e danos ou submetia-se ao regime complexo e burocratizado do art. 634 do Código de Processo Civil pelo qual se abre a concorrência pública a fim de encontrar um terceiro capaz de fazer aquilo que, segundo a própria sentença, devia ser feito pelo devedor.⁴⁴ A regra ganha contornos de total irracionalidade quando se pensa que o terceiro prestador deve ser pago pelo próprio credor, cabendo a este cobrar do devedor o que fora despendido mediante a execução por quantia certa.

Por sua vez, se a hipótese envolvesse prestação infungível em que se houvesse convencionado que o fato seria prestado pessoalmente pelo devedor, caberia ao credor requerer que o juiz assinasse prazo para o cumprimento da obrigação, caso em que, havendo recusa ou mora por parte do devedor, a obrigação pessoal converter-se-ia em perdas e danos (art. 638 do Código de Processo Civil).

Em relação às obrigações de não fazer a idoneidade da técnica processual torna-se ainda mais latente. Isso porque o regime disciplinado nos arts. 642 a 643 não impõe ao devedor um não fazer, mas sim um desfazer, o que, obviamente, são coisas completamente distintas.

Nas obrigações de não fazer, o devedor que poderia realizar o ato, obriga-se a não realizá-lo. O dado diferencial é que se o devedor realiza o ato – isto é, se não cumpre o dever de abstenção - a norma processual permite que credor exija o desfazimento (ou seja, um fazer do devedor) ou a indenização por perdas e danos

⁴⁴ Consoante explica Teori Albino Zavascki, “a opção do credor pela prestação do fato por terceiro, à custa do devedor (art. 634) leva a ação executiva a um procedimento extremamente complexo e burocratizado, que vai da escolha do prestador até a efetiva realização da atividade, em sucessivas fases e incidentes, nos quais se permeiam atos de mais variada natureza, muitos dos quais decisórios, impugnáveis por agravo das partes e mesmo de terceiros interessados. Explica-se, assim, o geral desinteresse por essa fórmula.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 443).

(novamente, reconduz-se à tutela do direito para o regime da execução por quantia certa).

É interessante notar que a disciplina supra referida, com as alterações promovidas pelas reformas processuais subsequentes, ainda rege as execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais, nada obstante as várias críticas que lhe são endereçadas.⁴⁵

A isso deve ser acrescentado que, sob o influxo da ideologia liberal clássica, não se aceitava a idéia de que o juiz poderia ordenar. Compreendia-se que apenas a tarefa de dizer o direito, desenvolvida no processo de conhecimento, era atividade jurisdicional legítima. Tanto isso é verdade que por muito tempo o processo de execução não foi considerado genuíno exercício da jurisdição. Basta recordar, a propósito, da afirmação de Liebman segundo a qual “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação entre elas segundo o direito vigente.”⁴⁶ Por isso é que Liebman não compreendia possível que vontade do demandado fosse compelida ao cumprimento. Confira-se o seguinte raciocínio:

As obrigações de fazer ou não fazer tem por objeto uma atividade ou abstenção do devedor e o cumprimento depende necessariamente de sua vontade e disposição de praticar a atividade ou abstenção devida. Parece que nestas obrigações a prestação ou abstenção voluntária do próprio se torna insubstituível e que não existe a possibilidade prática de dar ao credor satisfação em forma específica pelos meios executivos. A esta dificuldade real se acrescenta outra de caráter jurídico: enquanto o emprêgo da força aparece legítimo quando realizado pelo órgão da execução sobre as coisas do mundo exterior, suscita as maiores reações por parte da doutrina jurídica a idéia de que a força seja empregada sobre a pessoa do obrigado para constrangê-lo a cumprir a obrigação.⁴⁷

Desse modo, o sistema executivo concebido originariamente pelo Código de Processo Civil era edificado sobre o seguinte modelo: a) segmentação entre processo de conhecimento e processo de execução; b) correlação entre condenação e execução;

⁴⁵ Para uma apreciação crítica do problema, confira-se: MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: execução**, v. 3, p. 460-470.

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 14.

⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 157.

c) inidoneidade da técnica de execução por constrangimento da vontade do devedor; d) recondução da execução ao fazer ou ao não fazer ao regime da execução por quantia certa na grande maioria dos casos; e) tipicidade dos meios executivos; f) inaptidão sistêmica para prover tutela preventiva.

Todavia, progressivamente tornou-se notório que o regime processual preordenado para a tutela dos direitos dependentes de um fazer ou não fazer, quase sempre reconduzido à tutela ressarcitória, não se mostrava apropriado.

Em poucas palavras, tal regime não se adaptava a muitas situações, notadamente aquelas destituídas de cunho patrimonial, que, a rigor, se conectam com direitos fundamentais (direito à honra, à intimidade, ao meio ambiente hígido). Dando ênfase a tal perspectiva, assim expõe Candido Rangel Dinamarco:

Mais distante ainda é a efetividade da tutela desenhada nas sentenças condenatórias, quando estas se referem a obrigações de fazer ou de não fazer. Tais obrigações são as que melhores condições oferecem ao obrigado que pretenda resistir e permanecer na inadimplência. São notórias as dificuldades emergentes inclusive de certos *limites naturais da execução*, como as que impedem a execução forçada, de forma específica, em relação às obrigações personalíssimas; e também militam contra a efetividade da tutela certas tradicionais renúncias do legislador, que em certa medida prefere permitir que o inadimplemento específico perdure mesmo quando a obrigação não seja personalíssima, optando por soluções pecuniárias (perdas-e-danos realização por conta do credor etc.).⁴⁸

Ademais, a estruturação da técnica processual não se apresentava coerente com a necessidade de tutela preventiva. É o que explicam Marinoni e Arenhart:

A inidoneidade da tutela ressarcitória pelo equivalente diante das novas situações substanciais de caráter não patrimonial, e a percepção da necessidade de tutelá-las, assim como outros direitos há muito conhecidos, mediante formas preventivas, fez como que surgisse um evidente interesse em obter uma tutela jurisdicional capaz de inibir a violação do direito, impedindo a prática de um fazer.⁴⁹

⁴⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12-13.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 44.

Como sintetizado por tais autores, “a técnica processual executiva, posta originariamente no Código de Processo Civil, não foi feita para viabilizar a tutela específica dos direitos, mas apenas para permitir o alcance da tutela ressarcitória pelo equivalente e da tutela da obrigação contratual inadimplida.”⁵⁰

Foi, portanto, a partir da progressiva conscientização em relação a esse cenário de clara inaptidão da técnica processual e de seu total distanciamento das necessidades emergentes do plano material que nasceu uma reação tanto por parte da doutrina quanto do legislador processual.

De fato, com advento da Lei n. 8.952 de 1994 houve uma clara ruptura com o modelo tradicional de Código de Processo Civil a ponto de se falar no nascimento de um novo processo civil.⁵¹

Em primeiro lugar, é relevante sublinhar que, com a reforma de 1994, se sedimentou a noção de sincretismo processual, isto é, aceitação de que o processo deve contemplar, em uma só etapa, a fusão entre reconhecimento (anteriormente reservada ao processo de conhecimento) e atuação do direito (reservada ao processo de execução). Rompe-se, a rigor, com a falsa crença de que a solução dos conflitos de interesse pode ser alcançada com o mero reconhecimento do direito (atividade cognitiva).

Do ponto de vista da tutela do direito, assume-se que, na grande maioria das vezes, há a necessidade de que o órgão jurisdicional leve a efeito outras atividades, pratique outros atos para que aquele reconhecimento seja concretizado no mundo empírico.

A adoção do enfoque que eleva o momento da tutela a momento central e significativo da experiência jurídica, conduz à assunção de que a finalidade da atuação jurisdicional não se limita à declaração de que houve lesão ou ameaça a direito. O

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 46.

⁵¹ DINAMARCO, Candido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1-17.

escopo da tutela jurisdicional, a partir do reconhecimento da situação que demanda tutela, é o de criar condições concretas de satisfazer o direito lesionado ou ameaçado de lesão.⁵²

Supera-se, ao lado disso, o dogma da correlação necessária entre condenação e execução forçada. Isso porque a atuação das sentenças mandamentais e executivas não se dá, por definição, em processo de execução autônomo, a teor do que prescrevem os arts. 632 a 645 do Código de Processo Civil.

Desde a inserção do art. 461 no diploma processual, com a gradativa aceitação da classificação quinária das ações, ninguém mais questiona a superação da separação entre conhecimento e execução.

Sem dúvida alguma, o novo formato dado ao art. 461 do Código de Processo Civil (e, posteriormente, ao art. e 461-A) acabou por munir o juiz de poderes para criar condições, dentro do processo, para que ao réu pareça mais vantajoso cumprir a prestação na forma específica do que se submeter às sanções decorrentes de sua renitência. A multa prevista neste dispositivo tem exatamente a função de demonstrar ao réu que o descumprimento pode ser extremamente desvantajoso, na medida em que poderá dar ensejo à aplicação contínua da sanção pecuniária.

O direito de então, por meio da tutela ressarcitória pelo equivalente, pretendia tutelar o direito do credor nas obrigações de fazer ou não fazer, todavia, esse tipo de

⁵² Eis a precisa assertiva de Arenhart e Marinoni: “Não há mais dúvida, diante da fisionomia atual do Código de Processo Civil, que a execução da sentença se dá em razão de uma única ação e no interior de um único e mesmo processo. (...) Com a eliminação da execução de sentença (arts. 461, 461-A e 475-J, do CPC) e com a introdução da técnica antecipatória, o processo de conhecimento, concebido para o juiz exercer somente atividade intelectual, sem ‘sujar as mãos’ com aspectos práticos necessários à efetivação de sua decisão, transformou-se em local em que se misturam atividades cognitiva e executiva. O que realmente importa é notar que o processo de conhecimento deixou de ser algo preocupado unicamente com a declaração do direito, isto é, com a prolação de sentença de mérito. Atualmente, no Estado contemporâneo, o processo apenas existe para viabilizar a prestação da tutela do direito, não mais importando apenas sua declaração ou a decisão jurisdicional. *Decidir sem tutelar, ou conhecer sem executar não é o que se espera do processo civil no Estado constitucional.* (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução.** São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 54-56). Vem a calhar a observação de Luigi Paolo Comoglio no sentido de que “non sarebbe concepibile ammettere, da un lato, l’azionabilità di un diritto in sede cognitoria e dall’altro, negarne poi attuazione esecutiva”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi costituzionali e processo di esecuzione. Rivista di diritto processuale*, n. 2, apr./giu. 1994, p. 459).

tutela em pecúnia é naturalmente incompatível com determinadas situações, notadamente as que envolvem direitos destituídos de caráter patrimonial ou ainda direitos coletivos (direito à higidez do meio ambiente, direitos autorais, direito a honra, a vida, direito dos consumidores, dentre outros).

Prestigiando o posicionamento moderno da doutrina processual, a reforma de 1994 instituiu nova técnica para a tutela dos direitos dependentes de um fazer ou de uma abstenção por parte do demandado. Cumpre, nessa ordem de idéias, fazer menção ao magistério de Cândido Rangel Dinamarco:

O reformador teve a consciência de que essas obrigações são as de mais difícil execução por imposição imperativa do Estado-juiz, porque seu cumprimento depende muito da disposição do obrigado e é muito difícil obter, sem o concurso de sua vontade, os resultados a que o credor tem direito. Essa dificuldade ainda mais se acentua, quanto mais os resultados desejados dependam de uma conduta pessoal do obrigado, nas chamadas obrigações personalíssimas; mesmo nas obrigações negativas e nas positivas que podem ser cumpridas por ato de terceiro, na prática é sempre muito difícil produzir esse resultado quando o obrigado não quer.⁵³

De outra banda, a mudança resultou na percepção de que as atividades executivas do Estado que visassem a consecução da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer deveria ter conduzido, não representa, de modo algum, ofensa à liberdade ou à dignidade da pessoa.

Em face disso, o legislador na reforma de 1994, ao instituir o novo art. 461, autorizou ao juiz impor medidas de pressão psicológica objetivando persuadir o devedor a cumprir. Isso equivale a dizer que se tornou viável a execução por meio de multa.

Por meio dessa técnica processual, além da possibilidade do emprego de meios que substituem a conduta do réu (provimentos executivos), abriu-se campo para que o juiz ordene que o próprio réu adote o comportamento devido, podendo, para reforçar tal comando, atrelá-lo à multa coercitiva.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 219.

Trata-se um meio executivo de coerção psicológica exercida em face do demandado, consubstanciado na multa, tendente a compelir ao cumprimento na forma específica.

Em síntese, os provimentos judiciais que concedem a tutela específica dos direitos, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil, permitem a veiculação de ordem ao demandado para que este cumpra o fazer ou a abstenção reclamados pelas formas de tutela do direito. Isso porque a nova técnica processual instituída no Código de Processo Civil objetiva alcançar o resultado que se teria caso houvesse, por parte do demandado, a conduta esperada, não se limitando, portanto, à outorga exclusiva de tutela ressarcitória.

Abriu-se campo para que, finalmente, fossem viabilizadas as formas de tutelas reclamadas pelo plano substancial, especialmente aquelas espécies de tutela que não se voltam contra o dano, mas contra o ilícito, como é o caso da tutela inibitória e da tutela de remoção do ilícito. É nesse amplo terreno que a multa encontra fértil de campo de aplicação.

2.6 A MULTA E A TUTELA ESPECÍFICA DOS DIREITOS

De acordo com o que foi enunciado nos itens precedentes, sobre o influxo da ideologia liberal-burguesa o Estado não demonstrava preocupação com a tutela específica dos direitos. Nesse contexto histórico, todas as situações substanciais, abstraídas de suas peculiaridades e carências, eram conduzidas à tutela ressarcitória mediante o emprego da técnica condenatória correlacionada à execução por expropriação.

No entanto, conforme explanado, a conversão em pecúnia “mal se adapta a muitas situações, principalmente as de cunho não patrimonial, que se ligam freqüentemente a direitos fundamentais (como a vida, a honra, a integridade física, a

intimidades) ou a direitos da comunidade ligados à qualidade de vida, ao meio ambiente aos consumidores”⁵⁴.

A partir dessa conscientização, o direito moderno tem evoluído no sentido de oferecer ao credor precisamente aquilo que tem direito, afastando, portanto, a multissecular regra, contida no art. 1.142 do Código napoleônico, segundo a qual “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.

Não é por outra razão que o art. 461, *caput*, do Código de Processo Civil, determina que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Por sua vez, o §1.º do art. 461, do Código de Processo Civil, só autoriza que se imponha ao autor a solução de “meia-justiça” quando não for possível obter o resultado final desejado sequer mediante a atuação das providências referidas no *caput*.⁵⁵

Não é demais salientar que, quando se pensa em tutela específica do direito, deve-se ter mente a situação em que se contempla a coincidência entre a tutela prestada pelo Estado, mediante a atividade jurisdicional, e o resultado que seria obtido caso houvesse o cumprimento espontâneo da norma jurídica.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 253.

⁵⁵ Assim expõe Dinamarco: “A conversão da obrigação em perdas-e-danos, que em si é portadora de uma meia-justiça, só se admite quando impossível a realização do resultado pretendido ou se o preferir o próprio credor (art. 461, §1º). À facilidade com que no passado se convertiam em pecúnia as obrigações específicas vem reagindo a doutrina do passado e do presente, residindo no novo art. 461 uma eficiente resposta a esses anseios. Atende-se também à recomendação de que, ‘na medida do que praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’ (Chiovenda).” (DINAMARCO, Candido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14).

A categoria de princípio norteador da atividade jurisdicional descrito por Chiovenda na fórmula segundo a qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que êle tenha direito de conseguir”,⁵⁶ fez avultar a necessidade de adequação dos mecanismos processuais com o postulado da “maior coincidência possível”, isto é, com a necessidade de se produzir um resultado próximo daquele que se teria no caso de atuação espontânea do direito.⁵⁷

Assim, a prestação jurisdicional que confere ao jurisdicionado a tutela específica realiza o seu direito de forma tão fiel como se houvesse o cumprimento voluntário. De acordo com Barbosa Moreira, a tutela específica refere-se ao “conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento.”⁵⁸

Diante disso, é importante perceber que as técnicas processuais concebidas pelos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil operam mediante técnicas de coerção direta e indireta. Por intermédio delas, o juiz está autorizado tanto a se valer de meios de pressão psicológica, quanto de mecanismos que prescindam da atuação do réu (as chamadas “medidas necessárias” ou “medidas de apoio”).

Em que pese a evidente diferenciação das duas técnicas, há um ponto de contato entre elas. Mais precisamente, há uma premissa que igualmente orienta a aplicação dessas duas técnicas, sendo, portanto, um referencial subjacente ao sistema

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 46.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de processo**, São Paulo, n. 41, 1986, p. 152.

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: _____. **Temas de direito processual - 2. série**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31. Como afirma Flávio Luiz Yarshell, “o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a idéia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento.” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 59).

de tutela arquitetado no art. 461 do Código de Processo Civil: trata-se da prioridade lógica do cumprimento na forma específica, em detrimento da prestação pelo equivalente monetário.⁵⁹

Parece claro que no sistema de tutela concebido pelo art. 461 do Código de Processo Civil a conversão em perdas e danos ocupa o último lugar na preferência do legislador.⁶⁰

A doutrina dominante, diante das modernas teorias do processo civil de resultados, compreende que o juiz está incumbido de utilizar as medidas de execução indireta que busquem o resultado específico em detrimento da conversão em pecúnia. Solidificando tal entendimento, assim expõe Dinamarco: “No sistema de execução direta e específica, contido no novo art. 461 do Código de Processo Civil, é natural que a conversão em perdas-e-danos ocupe o último lugar na preferência do legislador”.⁶¹

É emblemática, nesse contexto, a afirmação de que “no jogo dialético da técnica coercitiva e da execução sub-rogatória, aquela é prioritária e esta a *ultima ratio*.”⁶²

O ensinamento de Marinoni, tendo por referencial teórico o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, corrobora para tal argumentação notadamente quando se estabelece que “o direito à adequada tutela jurisdicional tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser presta na forma específica”.⁶³ Desta feita, os poderes outorgados ao juiz na condução do processo está

⁵⁹ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover “a regra é a tutela específica, atingível pelo sistema de multas (*astreintes*) ou pela determinação de providencias capazes de assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento (medidas sub-rogatórias)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 259).

⁶⁰ Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 259; WATANABE, Kazuo *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 254.

⁶¹ DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 232.

⁶² SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997, p. 504.

⁶³ MARINONI, **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000, p. 70. Expõe o autor: “Se os arts. 461 e 84 devem ser lidos à luz do princípio da efetividade, e se os direitos

intimamente vinculado ao dever de prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional, princípio este que é norteador da atuação do Poder Judiciário e que está radicado no art. 5.º, XXXV da Constituição Federal.

Por conseguinte, não há dúvida que muitas das tutelas prometidas pelo direito material só podem ser adequadamente garantidas judicialmente mediante o manejo dos meios de execução indireta, em especial a multa, ressalvando, além disso, a possibilidade de sua utilização conjugada à técnica de execução direta, mediante a determinação das medidas necessárias previstas no § 5.º, do art. 461 do Código de Processo Civil.

Afigura-se, portanto, que, ao contrário do que preponderava sob a égide dos postulados do liberalismo clássico, o emprego da multa, longe de configurar uma ofensa à liberdade individual, encontra justificativa no dever do Estado de prestar tutela jurisdicional real e efetiva às variadas e desiguais expectativas de proteção presentes na sociedade.

(principalmente os não patrimoniais) não podem ser transformados em pecúnia, é exato concluir que esses artigos, ao afirmarem que o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao adimplemento e, de ofício, fixar a multa ou determinar as chamadas ‘medidas necessárias’ consagram não só a possibilidade de o juiz impor o meio executivo necessário a cada caso concreto, mas também o autorizam a determinar a providência ao adequada – ainda que diversa da pedida – para que o direito seja efetivamente tutelado.”

3 TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DOS DIREITOS.

3.1 TUTELA DOS DIREITOS

O estudo da multa coercitiva, assim como dos demais meios executivos predispostos para a tutela do direito, reclama que seja compreendida a distinção entre tutela dos direitos, tutela jurisdicional e técnica processual, bem como a perspectiva teórica que justifica a compreensão do processo civil a partir desses conceitos.⁶⁴

De imediato, é necessário se destacar a advertência que faz Luiz Guilherme Marinoni no sentido de que quando se propõe o binômio técnica processual-tutela dos direitos não se pretende meramente repisar “a velha estória de necessidade de adequação do processo ao direito material. Deseja-se, isto sim, a partir de uma postura dogmática preocupada com as posições jurídicas protegidas e com as *formas de tutela necessárias para lhes dar proteção* – e não mais apenas com as normas atributivas de direitos -, chegar a uma verdadeira análise crítica da ação e do processo, mediante a verificação da idoneidade das *técnicas processuais* para prestar as *formas de tutela* prometidas pelo direito material.”⁶⁵

Assim, segundo explica Adolfo Di Majo, a adoção de um ângulo de visão que eleva o momento da tutela a momento central e significativo da experiência jurídica representa um salto de qualidade cuja importância não pode ser descuidada.⁶⁶

Esse salto de qualidade pode ser compreendido pelo fato de que, num primeiro momento, a manutenção do foco nas questões atinentes à tutela do direito, promove uma inafastável aproximação entre processo e direito material. Trata-se de uma visão que, segundo Bedaque, “procura adequar a ciência processual à realidade material que

⁶⁴ O presente capítulo reúne considerações que em larga medida são tributárias dos ensinamentos do Prof. Luiz Guilherme Marinoni.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, p. 246.

⁶⁶ MAJO, Adolfo di. *Forme e tecniche di tutela*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 34.

constitui seu objeto, permitindo verificar as vantagens e desvantagens de determinadas soluções propostas”.⁶⁷

Ao lado disso, essa postura, ao configurar uma ruptura definitiva com a herança deixada pela escola sistemática, caracterizadora da fase autonomista do processo⁶⁸, demonstra que a efetividade processo está indissociavelmente ligada a seus resultados no plano do direito material.

Não seria razoável supor, ao menos dentro do marco processual contemporâneo, animado pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se possa enfocar o processo civil de maneira divorciada das necessidades do direito material.⁶⁹

⁶⁷ BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 39. É o que sempre apregoou Marinoni, notadamente quando sublinhou que “o doutrinador terá uma possibilidade imensamente maior de análise crítica se visualizar o processo a partir do direito material, isto é, se olhar a partir das necessidades da vida.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 447).

⁶⁸ Como explica Marinoni, a postura histórico-dogmática da escola processual italiana, inaugurada com Giuseppe Chiovenda, assume como tarefa a necessidade de purificar as formas processuais da contaminação do direito substancial até então instituída pela tradição jurídica do século XIX. Frente a isso, a nova escola processual italiana fundou as bases de um direito processual civil severamente desligado do direito material. Além de promover um isolamento entre direito material e direito processual, a escola sistemática estruturou a ciência processual a partir de conceitos e princípios próprios. Isso significa dizer que a ciência processual matinha sua coerência teórica exclusivamente a partir de uma lógica interna. O discurso da ciência processual olvidava-se de suas implicações éticas, sociais e políticas e de sua necessária imbricação com o direito material. O principal problema disso, nas palavras de Marinoni, “é que a fase autonomista do processo, preocupada exclusivamente em firmar as bases do ‘direito processual civil’, permitiu que o processo se distanciasse perigosamente da realidade social e do direito material o que acabou por influir no seu próprio rendimento, visto como instrumento destinado a atuação da vontade concreta do direito.” (MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 433 e ss.).

Segundo Rapisarda: “La teoria chiovendiana della giurisdizione quale funzione mirante all’attuazione della volontà concreta della legge risultava infatti strettamente connessa, sul piano concettuale, con il principio di autonomia dell’azione. L’accoglimento da parte del Chiovenda della tesi del Wach circa il collegamento teorico tra autonomia dell’azione civile e tutela di mero accertamento in cui si ravvisava, como è noto, la dimostrazione del totale sganciamento del diritto di azione dal diritto materiale e da una violazione di esso fu, infatti, la ragione principale della prospettazione pubblicistica della finalità del processo e della giurisdizione civile, posto che la separazione tra azione e diritto soggettivo sostanziale implicava necessariamente il superamento della concezione privatistica fino ad allora dominante”. (RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987, p. 52).

⁶⁹ Confirma-se, a respeito: “A doutrina processual, autorizada pela Constituição a pensar o processo a partir do direito à tutela jurisdicional efetiva, debruça-se sobre as técnicas capazes de permitir a real efetividade da prestação jurisdicional. Uma vez que a efetividade do processo está

Nesse passo, é importante perceber que quando se fala em tutela do direito há a intenção de se referir àquela forma de proteção almejada pelo próprio direito material. Nas palavras de Luigi Paolo Comoglio, o fim da tutela é a “*protezione dei diritti o degli interesse legittimi*”.⁷⁰

Esse raciocínio parte da premissa de que o direito processual deve adaptar-se às necessidades específicas de seu objeto, apresentando formas de tutela e de procedimento adequadas às situações de vantagem asseguradas pela norma substancial. É interessante, nessa ordem de argumentação, fazer referência aos seguintes dizeres:

*Si tratta, come si è visto, di spostare l'attenzione dal piano delle norme che si definiscono attributive di diritti a quello delle regole di tutela che prevedono la disponibilità di rimedi in occasione di torti o di situazioni anti-giuridiche. Non si tratta de una modifica di facciata. Se si vuole, l'impostazione tradizionale figura così povolta. Il soggetto intanto potrà definirsi titolare di un diritto e cioè di una posizione giuridicamente protetta nella misura in cui ad esso si garantita la disponibilità di un remedio che sia adeguato al bisogno di tutela che quella posizione manifesta. Le regole di tutela divengono dunque veramente un prius rispetto all'astratta predicazione di diritti.*⁷¹

Dessa forma, outorgar tutela a um direito significa lhe dar proteção de acordo com suas reais necessidades.

Suponha-se, por exemplo, a situação do indivíduo que se vê diante da ameaça de lesão a sua honra. Nesse caso, visualiza-se um direito (direito à honra) ameaçado de violação. Esse direito, por sua natureza, é absolutamente inviolável⁷². Se o direito à honra não admite violação, ele reclama, assim, por um tipo de proteção especial, isto é,

indissociavelmente ligada a seus resultados no pano material, o processo novamente volta a ser visto como instrumento capaz de conferir a devida tutela ao direito material.” (MARINONI, op. cit., p. 442)

⁷⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 1589.

⁷¹ MAJO, op. cit., p. 34-35.

⁷² Segundo o art. 5.º, VII da Constituição Federal, “são *invioláveis* a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

por uma forma de tutela que impeça a prática do ilícito; que atue, portanto, preventivamente, evitando a sua violação.⁷³

Isso acontece porque certas normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significado prático se pudessem ser violadas a qualquer momento, sendo amparadas apenas pelo ressarcimento do dano.

O que interessa perceber, a partir desse exemplo, é justamente o fato de que a tutela do direito deve ser assimilada à luz das diferentes necessidades do direito material. Na hipótese ilustrativa, como é visível, o direito à honra - consagrado na Constituição como um direito inviolável - exige uma tutela essencialmente preventiva, destinada a impedir a prática de um ilícito; exige, portanto, tutela inibitória.

Marinoni explica que a tutela é consequência da existência do próprio direito. No caso da tutela inibitória, ela “existe pelo fato de ser inerente à existência do direito; todo titular de direito tem o direito de impedir sua violação.”⁷⁴

Em outros casos, no entanto, as particularidades do direito material exigem que se isolem outros tipos de tutela (p. ex., tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória na forma específica, tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, tutela específica da obrigação inadimplida ou cumprida de modo imperfeito, dentre outras).

O que realmente vale a pena notar, após alinhavadas essas considerações, é que, na perspectiva defendida por Marinoni (e adotada como base teórica do presente estudo), a focalização nas tutelas prometidas pelo direito material visa responder as várias necessidades de proteção, sem, todavia, levar em consideração as eficácias que formam a respectiva sentença, de modo que, por exemplo, na tutela ressarcitória leve-se em consideração o dano; na tutela de remoção do ilícito a necessidade de supressão do ilícito e, na tutela inibitória, a exigência de prevenção contra a violação do direito.

É sob esse prisma que se justifica a insistência em se compreender que a tutela do direito reflete a espécie de proteção aspirada pelo próprio direito material.

⁷³ Trata-se, nesse exemplo, da tutela que inibe o ilícito. Veja-se, a respeito, ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 341-343.

⁷⁴ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 82.

Associada a essas ponderações preliminares, faz-se indispensável notar, como bem observa Adolfo Di Majo⁷⁵, que a tutela do direito opera sobre vários terrenos. A tutela jurisdicional dos direitos é, com efeito, apenas uma dessas áreas de atuação do Estado.

Essa perspectiva é mais bem compreendida quando se nota que o Estado Constitucional encontra-se em dupla posição em face dos direitos fundamentais. Isso significa, conforme explica Dieter Grimm, que o Estado, além de ter a função de abster-se de certas ações que violam os direitos fundamentais, deve protegê-los (*Schutzpflicht*). Esse dever de proteção, que obriga o Estado “a agir quando os bens protegidos pelos direitos fundamentais estejam ameaçados por agentes privados”, estende-se a todas as facetas do Estado.⁷⁶

Como o dever de proteção que recai sobre o Estado, nos termos da lição de Dieter Grimm, “vincula todos os ramos do governo”⁷⁷, é natural que a tutela do direito não seja um dever afeto exclusivamente à jurisdição. Compreende-se, portanto, que esse dever de proteção é concretizado por meio da atividade legislativa (isto é, mediante a edição de normas de direito material), assim como pela tutela administrativa e jurisdicional.

Diz-se “tutela normativa do direito” uma vez que as normas de direito material são a primeira e mais natural vertente de tutela dos direitos.

Essa pode ser compreendida mais facilmente quando, por exemplo, se pensa na legislação de proteção à propriedade intelectual. De acordo com o art. 52, XXIX, da

⁷⁵ Segundo explica Di Majo, “la nozione di *tutela giurisdizionale* è restrittiva. È vero infatti che la tutela di diritti non si colloca sul solo terreno dell’esercizio di funzioni giurisdizionali.” (MAJO, Adolfo di. *Forme e tecniche di tutela*, p. 12). Semelhante idéia encontra-se na obra de Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. Ou melhor, a *tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos.*” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 146).

⁷⁶ GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 160.

⁷⁷ GRIMM, Id.

Constituição Federal, “a lei assegurará aos autores de eventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Quando a Constituição diz que a proteção à propriedade industrial será assegurada por lei, ela não se restringe a enumerar um direito fundamental mas, para além disso, afirma que o Estado titulariza um dever de tutela normativa dos direitos.⁷⁸ Já no plano infraconstitucional, o art. 42 da Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual) diz que a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto de patente.

Essa norma de direito material (art. 42, da Lei n. 9.279/96), ao conferir ao titular da patente o direito de voltar-se contra a prática de terceiro que lesione sua posição juridicamente protegida, está outorgando tutela normativa ao direito fundamental constante no art. 52, XXIX, da Constituição Federal.

Isso significa que, na hipótese trazida como exemplo, o legislador outorgou tutela normativa ao direito de índole constitucional.

Por sua vez, conforme assinalado, a tutela do direito não se limita àquela proporcionada pelo pelas normas de direito material (tutela normativa do direito). Existe a possibilidade de a tutela do direito ser alcançada mediante atuação da Administração Pública⁷⁹ (tutela administrativa dos direitos) ou por intermédio do Poder Judiciário (tutela jurisdicional do direito).

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 242.

⁷⁹ Basta pensar nos casos em que a Administração Pública retira de circulação produtos nocivos à saúde do consumidor ou na hipótese em que a fiscalização ambiental impõe multa ao indivíduo que não infringe às normas ambientais. Luiz Guilherme Marinoni explica que “como a edição da norma não basta, o Estado também tem o dever de fiscalizar o seu cumprimento, impor sua observância, remover os efeitos concretos derivados da sua inobservância, além de sancionar o particular que a descumpriu.” (MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 242).

Importa, nesse passo, em atenção ao escopo do estudo, dar atenção à tutela do direito realizada no terreno jurisdicional.

3.2 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS

Como foi assinalado, as normas de direito material outorgam tutela normativa aos direitos; elas consistem, com efeito, no mais elementar mecanismo de tutela dos direitos. No entanto, como é fácil supor, tal tutela normativa nem sempre é suficiente. Com a consagração de direitos e com a vedação da tutela privada, surge a necessidade de que a jurisdição esteja aberta à tutela dos direitos; desponta a exigência de que o Estado preste tutela jurisdicional.⁸⁰

O processo civil, nesse contexto, assume a função de mecanismo de proteção dos direitos, sejam eles fundamentais ou não, tanto no que diz respeito à prevenção da violação ou do dano ao direito⁸¹, quanto para outorgar-lhe o ressarcimento necessário.

A função da jurisdição, nesse horizonte, é justamente realizar aquelas tutelas desejadas pelo plano material (tutela inibitória, p. ex.). Todavia, só haverá efetivamente tutela jurisdicional do direito quando o provimento judicial reconhece o direito material invocado pelo autor.

⁸⁰ Marinoni explica que como “o Estado tem o dever de proteger os direitos, seria incoerente supor que esse dever depende apenas de ações normativas.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 223).

⁸¹ Um dispositivo que protege um determinado direito fundamental não admite, em regra, violação e, portanto, a tutela jurisdicional deve atuar de forma a garantir que aquele conteúdo normativo objeto da proteção seja realizado. Para se compreender adequadamente essa afirmação, basta pensar na correlação entre as situações de direito substancial que não admitem violação e a necessidade de tutela preventiva. Nesses casos, em que o direito material não tolera violação (como é o caso do direito à imagem, à honra, ao ambiente hígido), faz-se necessário uma forma de proteção que seja inibidora do ilícito (tutela inibitória). Assim expõe Luiz Guilherme Marinoni: “A ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou que objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano. Como o direito material depende – quando pensado na perspectiva da efetividade – do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 253).

Por isso, a tutela jurisdicional do direito – isto é, a tutela do direito no terreno jurisdicional – corresponde à efetiva proteção do direito material, à luz do postulado pelo autor. A tutela jurisdicional do direito pode ser vislumbrada, portanto, como o resultado que o processo proporciona no plano do direito material.⁸²

Em que pese não ser objeto de presente trabalho examinar as tutelas do direito, mas sim dar atenção à multa enquanto meio executivo pré-concebido para viabilizar muitas das tutelas prometidas pelo direito material, vale a pena recordar que são várias as tutelas jurisdicionais do direito: tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória pelo equivalente, tutela ressarcitória na forma específica, tutela da obrigação inadimplida, dentre outras.

Nesse cenário, é importante fixar que a tutela jurisdicional do direito “exige a resposta a respeito do *resultado que é proporcionado pelo processo no plano material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. *Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado.*”⁸³

Por sua vez, quando se aduz ao termo “tutela jurisdicional” não se está se referindo à sentença requerida, mas a um procedimento estruturado para tutelar efetiva e adequadamente o direito material.

É possível dizer que a tutela jurisdicional é o conjunto de meios processuais predispostos para que tal resultado possa ser alcançado.⁸⁴ A propósito, Sérgio Cruz Arenhart explica que esse termo conduz à “idéia de proteção aos direitos processuais, estabelecidos pelo Estado. O Estado, nessa ótica, presta tutela na medida em que

⁸² Portanto, só é possível mensurar a aptidão do processo para conferir a devida e adequada tutela aos direitos, a partir do resultado oferecido pelo processo no plano do direito material.

⁸³ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 147.

⁸⁴ Assim expõe Marinoni: “Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 147).

assegura, para aplicação do direito positivo, garantias mínimas de participação dos envolvidos, assegurando-lhes o devido processo legal e a necessária atenção.”⁸⁵

Sob esse ângulo, há tutela jurisdicional tanto no caso em que a sentença não reconhece o direito material - portanto, de improcedência -, quanto na hipótese contrária.⁸⁶

Por essa razão Marinoni assinala que “o juiz ao proferir sentença, qualquer seja o seu resultado, necessariamente confere tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de improcedência dá tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de procedência presta a tutela jurisdicional solicitada pelo autor e tutela jurisdicional ao réu.”⁸⁷

Há de se advertir, ainda, que a tutela do direito no plano jurisdicional depende de técnicas processuais idôneas. De fato, o enfoque nas peculiaridades do direito material, além de permitir a identificação das formas de tutela, funciona também como critério de avaliação da adequação da técnica processual às formas de tutela. Bem por isso é que o isolamento das formas de tutela, sob o prisma da tutela jurisdicional do direito, exige a preordenação de mecanismos processuais adequados.

Imprimindo solidez à argumentação, Kazuo Watanabe adverte que um dos mais basilares elementos do princípio da proteção judiciária “é a preordenação dos instrumentos capazes de prover a *efetiva, adequada e tempestiva* tutela dos direitos.”⁸⁸

Por isso é que se torna interessante, depois de fixada a linha discriminativa entre os conceitos de tutela do direito e tutela jurisdicional, dar atenção à noção de técnica processual.

⁸⁵ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 44.

⁸⁶ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 44.

⁸⁷ MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 261.

⁸⁸ WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

3.3 TÉCNICA PROCESSUAL

A noção de técnica processual não guarda identidade com o conceito de tutela do direito. No que toca à expressão “técnica”, tal pode ser compreendida como

a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados.⁸⁹

Por sua vez, quando se fala em “técnica processual”, faz-se referência ao instrumental colocado à disposição do juiz para a concretização das tutelas prometidas pelo direito material. A sentença, por exemplo, é uma técnica processual destinada à prestação da tutela jurisdicional. Os meios de execução (como é o caso da multa), que evidentemente são indispensáveis para que o processo proporcione a tutela almejada pelo direito, são de igual sorte técnicas para a prestação da tutela do direito.⁹⁰

Como o objetivo da técnica processual é instrumentalizar a obtenção da tutela do direito, sua efetividade, assim como sua funcionalidade, é aquilatada por sua idoneidade para tornar viável tal escopo. Nesse diapasão, José Roberto Bedaque assim obtempera:

O instrumento precisa ser eficaz. E isto somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do direito nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários.⁹¹

⁸⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 224-225.

⁹⁰ Vale a pena observar que a tutela jurisdicional do direito pode ser prestada por mais de uma técnica processual.

⁹¹ BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56.

Isso remete, por conseguinte, à exigência de que haja uma relação de adequação entre técnica processual e tutela dos direitos:

O processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das *formas de tutela* prometidas do direito material. De modo que, entre as *tutelas dos direitos* e as *técnicas processuais* deve haver uma relação de adequação. Mas essa relação não pergunta mais sobre as formas de tutela, porém sim a respeito das *técnicas processuais*.⁹²

Para Marinoni, “a única razão para relacionar a técnica processual e as tutelas dos direitos é demonstrar que o processo não pode ser pensado de forma isolada ou neutral, pois só possui sentido quando puder atender às tutelas prometidas pelo direito.”⁹³

Essa perspectiva encontra justificativa no fato de que, a tutela do direito, quando proporcionada no terreno jurisdicional, é dependente da existência de técnicas processuais idôneas.

Para que isso fique claro basta pensar na ligação da sentença mandamental e da multa (técnicas processuais) à tutela inibitória (tutela do direito). Muito embora a tutela inibitória, como todas as formas de tutelas, seja inata ao direito (não pressupõe, por conseguinte, previsão na norma processual)⁹⁴, sua concretização não era possível mediante a estruturação do processo sob a égide do modelo condenatório.

⁹² MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 246.

⁹³ Ela é inata pela simples razão de que todo titular de direito pode obstar a tentativa de violação de seu direito. No entanto, para que possa ser prestada tal forma de tutela impende-se que haja sentenças e meios executivos adequados. V. a respeito: MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 247.

⁹⁴ “Com efeito, não temos a menor dúvida em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico que se empenhe em garantir – e não apenas em proclamar – os direitos.” (MARINONI, **Tutela inibitória...**, p. 82). Assim expõe Marinoni: “Ter direito a uma forma de tutela do direito é, simplesmente, ter direito material, pois ninguém tem direito sem ter a sua disposição formas de tutela capazes de protegê-lo diante de ameaça ou de violação. Mas a pretensão à tutela do direito é uma potencialidade, no sentido de que não precisa ser exercida ou reconhecida para ser dita existente. Todos têm direito à tutela jurisdicional inibitória em caso de ameaça de violação. Do mesmo modo, toda e qualquer pessoa tem direito a ser ressarcida se a sua integridade física for atingida por um dano, ou todo titular de um direito obrigacional, em caso de inadimplemento, tem o direito ao cumprimento da obrigação - obviamente que quando isso for faticamente possível, ainda que, na outra hipótese, tenha o direito ao equivalente em pecúnia ao valor da prestação obrigacional inadimplida.” (MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 257).

Assim, um ordenamento que não contempla técnicas processuais capazes de permitir a efetiva proteção do direito material, não cumpre sua incumbência de prestar tutela jurisdicional efetiva.

Por essa razão é que o enfoque nas formas de tutela do direito permite justamente avaliar, de forma crítica, essa relação de ajustamento entre técnica processual e tutela do direito. Essa avaliação, por sua vez, pressupõe que sejam, primeiramente, isoladas as formas de tutela prometidas pelo direito material, para que depois se constate a efetividade (ou não) da técnica processual. Qualquer debate sobre a efetividade deslocado do eixo das formas de tutela do direito é estéril na medida em que prioriza o meio em detrimento do fim.⁹⁵

Perceba-se, por derradeiro, que essa preocupação se acentua no Estado Constitucional, já que, nesse cenário, tanto o legislador, quando o juiz, estão constrangidos pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não podendo ambos se portar de forma indiferente diante de eventual inadequação ou omissão da norma processual.⁹⁶

3.4 A NECESSIDADE DE QUE A MULTA SEJA PENSADA A PARTIR DAS TUTELAS DO DIREITO

As reflexões desenvolvidas nos itens presentes tiveram como propósito demonstrar que a técnica processual – dentre as quais se destacam as sentenças e os meios executivos – devem manter estrita conformidade com as necessidades de tutela que derivam do plano do direito material.⁹⁷

⁹⁵ MARINONI, Id.

⁹⁶ No entanto, não se pode olvidar, conforme exposto anteriormente (v. nota 5, *supra*), que por muito tempo a ciência processual civil foi construída de tal sorte que não pudesse ser infectada pelas exigências plano substancial.

⁹⁷ Segundo Bedaque, “o que se sugere, em substância, é a adequação das exigências técnicas à necessidade, em muitos casos, de tutela imediata.”(BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 117).

Agora, o que se pretende é, sob uma perspectiva mais específica, fazer ver que a multa - enquanto técnica processual - deve ser igualmente focalizada a partir da natureza do direito material que visa ser tutelado.

Para tanto, há que se notar preliminarmente que as tutelas dos direitos, para sua plena efetivação, podem depender de um fazer, de um não fazer, de entrega de coisa ou do pagamento de quantia.⁹⁸

Para se compreender essa afirmação basta tomar como exemplo a tutela inibitória que, a rigor, é prestada mediante ordem endereçada ao demandado para não fazer. Em tese, a imposição de um não fazer é reforçada mediante a atuação conjunta da multa, na medida em que este meio executivo constribe a vontade do devedor, induzindo-o ao cumprimento. A conjugação de ambas as técnicas (sentença mandamental e multa), por sua vez, viabiliza a tutela inibitória. Nesse exemplo, como é visível, há uma relação de conformidade entre o meio executivo e a tutela jurisdicional.

No entanto, como se pode supor, a multa não encontra campo de aplicação apenas em relação às ordens de não fazer. Ao escrever sobre a atuação executiva no direito comparado, Michele Taruffo chama a atenção para a tendência de generalização das *astreintes*, isto é, para o fato de o campo de aplicação desse meio executivo difundir-se para assegurar a atuação coercitiva de qualquer direito amparado por meio de uma decisão judicial. Há, nesse contexto, a superação do vínculo originário entre *astreintes* e obrigações de fazer e não fazer infungíveis.⁹⁹

Taruffo explica, além disso, que as *astreintes* não correspondem a uma técnica de execução indireta conexas a determinados tipos de situações substanciais ou a

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v.3, p. 64-65.

⁹⁹ “Risulta evidente (...), che l’astreinte ha ormai completamente perduto l’originario collegamento con l’art. 1142 c.c., e che essa non può più essere intesa come il rimedio esecutivo indiretto tipico degli obblighi di fare. Al contrario, accanto all’autonomia dell’istituto, che si è ormai decisamente consolidata, si afferma la tendenza verso la generalizzazione del suo campo di applicazione, che si estende a tutte le obbligazioni private, ma che va anche molto al di là di queste.” (TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 92).

situações as quais não sejam utilizáveis outras formas de execução, mas a um instituto genérico, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação de pronunciamentos do juiz.¹⁰⁰

Esta tendência expansionista das *astreintes* não é um fenômeno exclusivamente afeto ao sistema francês. Trata-se de manifestação presente, em grande medida, na experiência processual brasileira.

Note-se, em primeiro lugar, que na sistemática nacional a aplicação da multa coercitiva não se limita às obrigações fazer e não fazer infungíveis, abrangendo também aquelas que poderiam ser prestadas por terceiro.

Para além disso, há plena aceitação de que o art. 461 do Código de Processo Civil, dispositivo que disciplina a aplicação os meios executivos de execução indireta, aplica-se “não somente as obrigações de fazer ou não fazer de origem negocial como também de deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato. Quanto aos deveres legais, os chamados ‘direitos absolutos’, ligados ao direito da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, merecem particular atenção.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Cf.: “Si trata essenzialmente del fatto che, essendo l’astreinte emersa come misura coercitiva particolarmente efficace, si è determinata una netta tendenza alla sua generalizzazione, ossia a prevederne l’impiego ogniqualevolta si tratti di assicurare l’attuazione coattiva di un obbligo sancito in un provvedimento del giudice. Ciò comporta il superamento dell’originario collegamento fra *astreinte* e obblighi di fare o di no fare ingungibili e l’estensione dell’istituto a qualunque tipo di obbligazione. (...) L’*astreinte* non si configura più, dunque, come una tecnica di esecuzione indiretta connessa a particolari tipi di situazioni sostanziali, ovvero a situazioni nelle quali non siano utilizzabili altre forme di esecuzione, ma come istituto generale, applicabile in ogni caso ed anche in concorrenza, e di preferenza, rispetto ad altri strumenti di attuazione dei provvedimenti del giudice.” (TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 91).

¹⁰¹ WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, p. 41. Em sentido análogo: MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 162-166; ZAVASCKI, **Antecipação...**, p. 114; TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 127-128; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Tutela específica do art. 461 e o processo de execução**, p. 361; DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 229.

Em segundo, o § 3.º, do art. 461-A do Código de Processo Civil permitiu a extensão da disciplina relativas às obrigações de fazer e não fazer às obrigações de entrega de coisa - em particular, a utilização de multa periódica.¹⁰²

Em terceiro lugar, é de se notar que começa ganhar espaço a discussão envolvendo o emprego da multa nas hipóteses de créditos por quantia certa.¹⁰³

Aprova-se ainda a utilização subsidiária das técnicas previstas nos arts. 461 e art. 461-A do Código de Processo Civil às vias especiais. Entre elas destacam-se o mandado de segurança, o *habeas data*, o *habeas corpus* e a uma série de medidas cautelares.¹⁰⁴

Portanto, o emprego da multa pode abranger decisões que imponham tanto um fazer quanto um não fazer, assim como a entrega de coisa e, em hipóteses excepcionais, tem-se admitido a multa para a concretização do pagamento de quantia certa.¹⁰⁵

¹⁰² Cf., entre outros, DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 229; TUCCI, **Lineamentos da nova reforma do CPC**, p. 82-83; WAMBIER, WAMBIER, **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 114-116.

¹⁰³ Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **A multa e a penhora *on line*** como formas de efetivar a antecipação de soma em dinheiro. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br/admin/users/23.pdf> Acesso em: 12 dez. 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 449; YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. especial, p. 269-279, jan./dez. 2003; TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 467-471.

¹⁰⁴ Realizando exaustivo do tema: TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa...**, p. 433-466. Leonardo Greco, analisando a execução de liminar em sede de mandado de segurança, entende possível a fixação de multa na decisão liminar. (GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf> Acesso em: 15.10.06). Sobre o emprego da multa no processo cautelar, destaque-se o parecer de Humberto Theodoro Junior publicado na Revista de Processo: THEODORO JUNIOR, Humberto. Medida cautelar. Multa diária. Exequibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, 1999, p. 206-216. Sobre a aplicação da sistemática do art. 461-A às ações possessórias e às ações que não tinham procedimento especial, veja-se: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p.238-240.

¹⁰⁵ Ver, a respeito, MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 215-220. Como explica o processualista, “a multa, embora não expressamente prevista, é absolutamente necessária para a efetividade da tutela antecipatória de soma em dinheiro e para a tutela ressarcitória na forma específica. Sendo assim, não há como argumentar que, pelo fato dela não ser expressamente prevista para essas situações, o seu uso fica vedado. *É que a omissão do legislador em dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como é óbvio, não pode ser interpretada em seu*

Em verdade, o significado dessa constatação é mais expressivo do que se pode supor. Ora, se é certo afirmar que a multa coercitiva permite a concretização do fazer, do não fazer, de entrega de coisa e do pagamento de quantia certa, também é correto dizer que multa pode viabilizar várias formas de tutela jurisdicional.

Diante de tal versatilidade, surge a exigência de que a utilização da multa, assim como de todos os meios executivos, seja sempre enfocada a partir das tutelas do direito. Por isso é que, nos termos da lição de Marinoni e Arenhart, “os meios de execução não obstante relacionados a fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia, adquirem legitimidade quando visualizados a partir da tutela do direito almejado com o fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia.”¹⁰⁶

Denota-se, em face disso, que é equivocado encarar a multa coercitiva como um instrumento para a tutela das obrigações de fazer e de não fazer. Tal perspectiva falha ao não contemplar todo o campo de aplicação da multa enquanto meio executivo.

Com efeito, além de prestar tutela jurisdicional da obrigação inadimplida, a multa pode viabilizar uma série de outras tutelas jurisdicionais. Muito embora não haja espaço no presente trabalho para mergulhar a fundo nas formas de tutela do direito, há que restar claro que, a partir do momento em que se identifica a tutela do direito e as particularidades do caso concreto, torna-se muito mais fácil dimensionar qual é a técnica processual apropriada ao caso concreto.

Suponha-se que o caso conflito concreto esteja a exigir tutela ressarcitória na forma específica mas o devedor não disponha de capacidade técnica para cumprir a ordem judicial. Diante desse quadro, ao invés de se converter a prestação devida no equivalente monetário, sustenta-se que multa deve ser empregada “para compelir o infrator a pagar para que terceiro preste o fazer necessário ao ressarcimento.”¹⁰⁷

desfavor. (...) Não há dúvida de que a multa pode contribuir (como meio coercitivo) para dar efetividade à sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro.”

¹⁰⁶ MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: execução**, p. 66.

¹⁰⁷ Assim expõe o autor: “Nesse caso, a multa não estará sendo utilizada para compelir o infrator a pagar, mas sim para viabilizar o ressarcimento na forma específica. Como é evidente, a incapacidade técnica do lesado não pode transformar o seu dever de ressarcir em obrigação de pagar dinheiro.”(MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 215).

Pode-se recorrer ainda ao exemplo da tutela inibitória. Este tipo de tutela jurisdicional, na medida em que se volta contra um ilícito comissivo ou omissivo, pode tanto veicular ordem para a prestação de um fazer quanto ordem de abstenção. Ordens de fazer e de não fazer podem ser implementadas por intermédio da multa já que esta atua sobre a vontade do devedor constringendo-o ao cumprimento.

Pode-se dizer, assim, que, de um modo geral, quando a prestação da tutela do direito depender de ordem dirigida à parte demandada (sentença mandamental) contendo um comando para fazer, não fazer, entregar coisa ou, eventualmente, pagar quantia, tal pode ser veiculada acompanhada da multa.

Portanto, o que se deve ter em mente, acima de tudo, é que o manejo da execução por meio de multa, por ser ilação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser aquilatada pelo juiz à luz do caso conflitivo concreto e, concomitantemente, de acordo com a forma de tutela exigida para a efetiva proteção do direito material em jogo.

4 A MULTA NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA

4.1 INTRODUÇÃO

O estudo dos meios executivos preordenados para a tutela do direito - como é o caso da multa coercitiva - pressupõe que se compreenda, ainda que em linha de extrema generalização, como o direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva imprime profundas mudanças na técnica processual e na atividade executiva do juiz.

Em verdade, a predisposição normativa da multa como meio executivo é apenas um pequeno reflexo de um fenômeno muito mais amplo. Tal fenômeno tem origem na identificação de que o direito à efetividade da tutela jurisdiccional deve ser enquadrado entre os direitos fundamentais e, como tal, incide diretamente na esfera de responsabilidade do legislador e do juiz, adstringindo-os a criar, formatar, interpretar e empregar a técnica processual de forma a dar completa proteção ao direito material.

À luz dessa ponderação preliminar é que se revela necessário focalizar a multa a partir desse direito fundamental.

4.2 BREVES REFLEXÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA

No modelo do Estado Legislativo, constituído a partir dos influxos da ideologia liberal, a validade da norma era determinada a partir de um critério formal, já que ligada à competência da autoridade da qual emanou. A norma era considerada válida desde que fosse elaborada de acordo com as exigências do sistema normativo.

108

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 15.

Nesse cenário, à jurisdição não era reconhecido o papel de construção do fenômeno jurídico, sendo lícito aos juízes, somente a aplicação da lei¹⁰⁹. Por isso, conforme explica Luigi Ferrajoli, o princípio da legalidade era a única fonte de legitimação da lei.¹¹⁰

No Estado Constitucional de Direito verifica-se uma profunda mudança paradigmática¹¹¹. Isso porque a norma de reconhecimento deixa de se fundar no princípio da legalidade para ser determinada por parâmetros constitucionais. Tem-se, a partir disso, que o fundamento de validade das normas jurídicas passa a ser a coerência com o conteúdo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.¹¹²

Nesse novo ambiente, é sensível a alteração no papel reservado à jurisdição uma vez que se outorga aos juízes, entre outras coisas, a tarefa de avaliar a constitucionalidade das normas, ou seja, “*se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente valida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto también un juicio sobre la misma que el juez tiene el deber de*

¹⁰⁹ Ovídio Baptista da Silva explica que Montesquieu, filósofo a quem é atribuída a criação da doutrina da separação dos poderes, jamais considerou o Poder Judiciário um poder autêntico. Por isso, ao referir-se ao poder judicial (*puissance de juger*) num Estado democrático MONTESQUIEU (...) afirma ser tal poder ‘invisível e nulo’ (...), pois ‘os juízes não são senão (...) a boca que pronuncia as palavras da lei’ (...).” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 24).

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 16.

¹¹¹ Compreende-se que, do ponto de vista sociopolítico, o constitucionalismo responderia melhor as necessidades de sociedades política e culturalmente plurais. Figueroa, à luz da lição de Zagrebosky, aponta, em certa medida, certas razões que levaram a superação do Estado Legislativo: “... el monismo del Estado decimonónico se asentaba sobre una estructura jurídica, política y social monolítica favorecida por una concepción nítida de la soberanía y una cierta homogeneidad cultural. Por el contrario, en la actualidad asistimos *ad extra* a una relativización de la noción de soberanía y además *ad intra* a fenómenos como el multiculturalismo, que en ambos casos reclaman normas de estructura principal preparadas para la transacción y la argumentación en sociedades abiertas y plurales.” (FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 183)

¹¹² Assim expõe Ferrajoli: “Ante todo, cambian las condiciones de validez das leyes, dependientes ya no sólo de la forma de sua producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.” (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 18).

censurar com invalida mediante la denuncia de sua inconstitucionalidad, quando non sea posible interpretarla en sentido constitucional.”¹¹³

Há, para além disso, nesse horizonte, o que se costuma denominar “onipresença da Constituição”. Ora, na medida em que a Constituição oferece um denso conteúdo material - composto por valores, princípios fundamentais, diretrizes ao Poder Público - dificilmente haverá uma questão jurídica relevante que não encontre tratativa dentro do texto constitucional.¹¹⁴

Com efeito, essa rematerialização supõe que a Constituição já não tem por objeto somente a distribuição formal de poder entre os distintos órgãos estatais, mas sim que está dotada de conteúdo material, notadamente princípios e direitos fundamentais que condicionam a validade das normas inferiores.¹¹⁵

A rigor, isso significa que todas as normas infraconstitucionais, indistintamente, devem estar numa relação de compatibilidade com o conteúdo normativo da Constituição.

Naturalmente, essa exigência é igualmente presente no terreno das normas instituidoras de técnicas processuais.

Ou seja, da mesma forma que as normas de direito material são avaliadas à luz de sua harmonia com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, as normas processuais devem revelar integração e compatibilidade com o plano constitucional.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 18.

¹¹⁴ “Es lo que se ha llamado a veces el efecto impregnación ou irradiación del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos.” (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 132.

¹¹⁵ A expressão rematerialização corresponde à incorporação no texto constitucional de uma ordem de valores. Diz-se, assim, que houve a incorporação de grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pela jusnaturalismo racionalista, assim como uma grande aproximação entre direito e moral. (SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999, p. 16-23).

O que há de particular, no entanto, é que as normas processuais, especialmente aquelas que concebem técnicas processuais, têm por referencial o denominado direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹¹⁶

Esse direito fundamental orienta tanto a atividade do legislador, por ocasião da estruturação das técnicas processuais, quanto a do juiz, na interpretação e no manejo dos instrumentos processuais. Conforme explica Marinoni,

o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o art. 5º, § 1º da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim, vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigando a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade.¹¹⁷

Alinhavadas essas noções, é indispensável uma parada obrigatória para que seja brevemente compreendido o significado desse direito fundamental.

Para tanto há que se compreender que, contemporaneamente, diante da presença de um conflito de interesses, inexiste, a rigor, a possibilidade de autotutela já que o Estado se apropriou da função de pacificação e de conservação da ordem social.¹¹⁸

Esse poder assumido pelo Estado tem como contrapartida o dever de prestar proteção por meio da jurisdição. Como anota Vallespín Perez, proibida a autodefesa,

¹¹⁶ Dentro desse tema, há que se fazer referência, sobretudo, aos estudos de Luiz Guilherme Marinoni, dos quais se destacam os seguintes: **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004; **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

¹¹⁷ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 30.

¹¹⁸ “En la lenta evolución hacia la sustición del juicio de la parte por el juicio del juez adquiere un especial relieve la aparición del Estado de Derecho. Se reduce al máximo la posibilidad de autotutela, propugnándose la utilización de fórmulas autocompositivas y heterocompositivas para la resolución de los litigios cunaod ello fuera posible y, en último término, la posibilidad de acudir al proceso.” (PÉREZ, David Vallespín. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre le derecho a la tutela judicial efetiva y el derecho a un processo con todas las garantías**. Barcelona: Atelier, 2002, p. 107).

“y no cabiendo imponer de manera coactiva los contendientes el uso de la autocomposición, el Estado asume la misión de impartir justicia mediante un tercero imparcial, o sea el juzgador.”¹¹⁹ Em verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva não é nada mais do que aquele direito pelo qual toda pessoa, como integrante de uma sociedade, pode recorrer aos órgãos jurisdicionais para alcançar a tutela do direito lesado ou, simplesmente, ameaçado de violação, mediante um procedimento que ofereça a garantia de proteção concreta.

Por conseguinte, defronte à vedação ao agir privado, houve a assunção por parte do Estado do dever de solucionar as divergências nascidas no corpo social. Naturalmente, ao avocar tal posicionamento frente à resolução dos conflitos de interesse, o Estado também tomou para si o dever de prestar aos cidadãos tutela jurisdicional adequada e efetiva.¹²⁰

Nessa linha, compreende-se que o art. 5.º, XXXV da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹²¹

Com efeito, está impresso nessa fórmula um direito fundamental que, numa dimensão subjetiva, outorga ao cidadão a garantia de proteção efetiva, preventiva e célere através da jurisdição¹²². Por sua vez, tal direito fundamental contempla também um dever de proteção que recai sobre o Estado.

Nessa perspectiva, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste, a um só tempo, em direito subjetivo dos indivíduos e elemento fundamental da ordem

¹¹⁹ PÉREZ, **El modelo constitucionale de juicio justo en el ámbito del proceso civil...**, p. 108.

¹²⁰ Assim explana Ovídio Baptista da Silva: “O fenômeno do monopólio da jurisdição criou ao Estado o dever de prestar jurisdição e aos seus súditos o direito e a pretensão a serem ouvidos em um tribunal regular e que se lhes preste justiça. (...) o monopólio estatal gerou o correspondente direito público subjetivo a que o Estado tutele todo aquele que compareça em juízo dizendo-se titular de algum direito, assim como o réu que se defende tem igual direito a que suas alegações sejam julgadas por um tribunal estatal.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 17-18).

¹²¹ MARINONI, **Técnica...**, p. 179-184.

¹²² MARINONI, **Técnica...**, p. 181-184.

constitucional objetiva. Enquanto direito subjetivo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva outorga aos indivíduos a possibilidade de imporem os seus interesses em face dos Poderes do Estado, especialmente o Poder Judiciário. Na sua dimensão objetiva, ao seu turno, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, conjugado aos demais direitos fundamentais, estruturam a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.¹²³

Quando se pensa particularmente no conteúdo de tal direito fundamental, não há como ignorar, de antemão, que prestar tutela ao direito “nada mais é do que lhe outorgar proteção.”¹²⁴ Isso significa que só há, de fato, tutela jurisdicional do direito quando se outorga, mediante a atuação do juiz, aquela forma de proteção almejada pelo direito material em jogo.

Diante disso, nada mais natural do que se compreender que, para prestar plena proteção ao direito material, deve o juiz contar com meios técnicos capazes de dar real efetividade à tutela jurisdicional.

No entanto, por um longo tempo, o direito de ação – abstrato e autônomo em relação ao direito material – foi considerado apenas o direito formal de acesso aos tribunais, em consonância com a postura passiva assumida pelo Estado de matriz liberal, que não assumia nenhum compromisso em promover efetivamente a tutela do direito. Como é possível supor, quando se pensava que o direito de ação consistia num direito de provocar a jurisdição e obter uma sentença de mérito,¹²⁵ muitos direitos dependentes de atos executivos não encontravam proteção integral.

No estágio atual, todavia, é cediço que a tutela do direito não depende tão-só de um provimento final – exceto, é evidente, quanto se postula uma sentença meramente declaratória

¹²³ A doutrina explica que a dimensão objetiva “é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva o *status* seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde ‘brotam’ as demais, condicionando-as.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 14)

¹²⁴ MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 112.

¹²⁵ MARINONI, **Técnica...**, p. 179-180.

ou constitutiva. Em verdade, são raras as hipóteses de direitos que encontram irrestrita proteção apenas na sentença final de mérito, dispensando atos de concretização que operem no plano material.¹²⁶

Quando se tem como referencial norteador de toda a atividade jurisdicional o conceito de tutela do direito (isto é, a noção de que é dever do Estado prover integral proteção ao direito material, segundo as carências e as particularidades deste), torna-se manifesto que a técnica processual deve abranger uma série muito mais ampla e sofisticada de mecanismos processuais. Conforme expõe Marinoni, isso implica, por exemplo, no direito à técnica antecipatória, no direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial que demanda proteção e no direito à sentença e ao meio executivo adequado para dar plena efetividade à tutela jurisdicional.¹²⁷

Desmistifica-se, em função do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a idéia de que o direito de ação se confina ao direito à sentença de mérito.

Tal direito fundamental passa a exigir do legislador a instituição de um conjunto de técnicas processuais que viabilizem a tutela efetiva de qualquer espécie de direito,¹²⁸ seja ele marcado pela fundamentabilidade ou não.

¹²⁶ Como explica Zavascki: “O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64).

¹²⁷ MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 221.

¹²⁸ Escrevendo sobre o direito italiano, Comoglio explica o seguinte: “Se è vero che l’elemento teleologico attribuisce piena rilevanza costituzionale al fine della tutela (cioè allla protezione dei diritti o degli interessi legittimi), per il cui conseguimento si agisce e ci si difende dinanzi agli organi giurisdizionali, è pure vero che le condizioni di effettività di quella tutela non possono mai reputarsi soddisfatte, se no quando la tutela medesima – che tutti hanno il diritto di chiedere ed, in quanto possibile – di ottenere nel giudizio – riesca ad assicurare comunque, nella gamma di forme disponibili, um rimedio giurisdizionale adeguato alla variabile natura di quei diritti od interessi sostanziali da far valere (e da proteggere). Ciò significa, in particolare, che, laddove la tutela giurisdizionale realizzatasi nel processo di condanna abbia assunto la forma tipica del provvedimento di condanna, essa non potrà mai dirsi effettiva se – nel difetto di un adempimento spontaneo dell’obbligato – chi l’ha ottenuta non diponga di efficaci ed adeguati strumenti di tutela esecutiva, capaci di dare concreta attuazione a quella condanna.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Principi costituzionali e processo di esecuzione**. *Rivista di diritto processuale*, n. 2, apr./giu. 1994, p. 457).

Volta à tona, nesse quadro, a questão da adequação da técnica processual às exigências do direito material que demanda por tutela. É o que explica Marinoni:

Por ser um instrumento de proteção, é evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos. Note-se, aliás, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, *mas sim a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela de direito não-fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela, *que obviamente não se confunde com o direito objeto da decisão*. É por esse motivo que o direito de ação, ou o direito de ir ao Poder Judiciário, deve ser pensado com o direito à efetiva tutela jurisdicional, para o qual não basta uma sentença, mas sim a possibilidade de efetivação concreta da tutela buscada.¹²⁹

Note-se que, na doutrina italiana, a discussão sobre tal tema sofreu inegável propulsão a partir das análises realizadas em torno do art. 24 da Constituição Italiana. Com a afirmação de que *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*, introduziu-se o princípio de que a tutela do direito deve ser efetiva, ou seja, que a tutela do direito deve corresponder ao conteúdo intrínseco do direito tutelando, não sendo suficiente para tanto a abstrata previsão de que todo direito se apresente acionável em juízo.¹³⁰

Nessa linha de argumentação, sustenta-se que o referido dispositivo constitucional, além de representar um sinal de incindibilidade entre as situações substanciais e a possibilidade de agir em juízo, é também uma garantia (de efetividade) que a toda situação substancial correspondam formas de tutela adequadas, ou seja, que assegurem satisfação aos interesses dos quais aquelas situações são expressões.¹³¹

O que se deve ficar claro aqui é que, sob o aspecto ora examinado, o direito fundamental à tutela jurisdicional, ao potencializar a aproximação entre direito

¹²⁹ MARINONI, *Técnica...*, p. 223.

¹³⁰ MAJO, Adolfo di. *Forme e tecniche di tutela*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 13.

¹³¹ MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, p. 13. Conforme explica esse autor, “è dunque iniziato un compressivo processo di resa dei conti con la legislazione ordinaria e con gli atteggiamenti consolidati della doutrina e della pressa, diretto a verificare in quale misura possa dirsi veramente che la tutela che riceve ogni singolo diritto risponda a criteri di efetività.”

material e processo, e exigir uma relação de adequação entre a técnica processual e as formas de tutela jurisdicional do direito, resulta também na necessidade de que sejam preordenados meios executivos idôneos à tutela do direito.

É o que sustenta, com extrema lucidez, Luigi Paolo Comoglio:

*La prospettiva costituzionale, dunque, è la sola que consenta di rivalutare anche nel processo di esecuzione – non diversamente da quello di cognizione – il menzionato elemento teleologico, instaurando un rapporto costante di effettività fra le differenti forme e le corrispondenti tecniche di attuazione della tutela dei diritti sostanziali, per la necessaria verifica del grado de adeguatezza qualitativa di risultati pratici, cui conduce il processo esecutivo.*¹³²

Segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, o direito constitucional de acesso à justiça contempla, entre outros, o direito de que o Estado proveja todos os meios jurídicos “necessários e adequados” para que se concretizem as decisões dos órgãos jurisdicionais:

Finalmente, a existência de protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças («fazer cumprir as sentenças») dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado (...). Realce-se que, no caso de existir sentença vinculativa reconhecadora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática («dimensão objetiva»), mas também um *direito subjetivo público* do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indemnização), medidas compulsórias ou «acções de queixa».¹³³

De fato, há muito pouca utilidade na predisposição de uma variedade de sentenças adequadas às particularidades do direito material se a estas não se vincularem meios executivos igualmente idôneos.

¹³² COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, n. 2, apr./giu. 1994, p. 457.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 494.

Nessa ordem de idéias, Comoglio afirma que “*in linea di principio, no sarebbe concepibile ammettere, da un lato, l’azionabilità di un diritto in sede cognitoria e, dall’altro, negarne poi attuazione executiva*”.¹³⁴

Essa perspectiva é muito bem acentuada por Marinoni:

Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos. Diante disso, não há dúvida que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas “*iuris dictio*” ou “dizer o direito”, como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma “função menor”. Na verdade, mais do que direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado.¹³⁵

Bem por isso é que, na perspectiva desse autor, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito de participar por meio do procedimento adequado, o direito à resposta jurisdicional e o direito à técnica processual adequada.¹³⁶ Este último, por sua vez, contempla o direito ao meio executivo adequado.

Denota-se, assim, que, na realização de sua razão de ser, mais do que prever direitos, cabe ao Estado, sobre o inafastável influxo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, preordenar meios de garantir a utilidade prática de suas próprias decisões judiciais, assegurando, em última análise, meios executivos que provejam efetividade à tutela jurisdicional.

Por esse motivo é que a inexistência de meios executivos adequados à tutela do direito faz despontar uma relação de dissonância entre a técnica processual e o conteúdo normativo da Constituição, máxime o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

¹³⁴ COMOGLIO, Principi costituzionali e processo di esecuzione, p. 459.

¹³⁵ MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 112.

¹³⁶ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 185.

4.3 A MULTA COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO EXECUTIVO ADEQUADO

Como muitos provimentos judiciais só podem ser concretizados se conjugados a meios executivos - como é o caso de todas as sentenças não-satisfativas -, a efetividade e a idoneidade dos meios executivos passam a ser consideradas uma consequência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

O tema ganha maior relevância quando se põe em foco os provimentos mandamentais e executivos, os quais podem ser conjugados, respectivamente, a meios de execução indireta e direta.¹³⁷ Recorde-se, a propósito, que os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil permitem que o juiz eleja o provimento e o meio executivo adequado ao caso conflitivo concreto.

Isso equivale a dizer que, com tal técnica processual, houve a ruptura com o princípio da tipicidade dos meios executivos.¹³⁸ Segundo expõe Cássio Scarpinella Bueno, o que distingue esse novo modelo executivo “é, pois, sua *atipicidade*, assim entendida a possibilidade de o magistrado ser criativo o suficiente para *criar* modelos executivos que mais se mostrem idôneos para dar ao credor a satisfação que o inadimplemento do devedor lhe vedou.”¹³⁹

¹³⁷ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 211.

¹³⁸ “O princípio da tipicidade deseja significar que os meios de execução devem estar previstos na lei, e assim que a execução não pode ocorrer através de formas executivas não tipificadas. O seu objetivo é, de um lado, impedir que meio executivo não previsto em lei possa ser utilizado e, de outro, garantir o jurisdicionado contra a possibilidade de arbítrio judicial na fixação da modalidade executiva. Se o jurisdicionado sabe, em razão de previsão legal, que a sua esfera jurídica somente poderá ser invadida através de determinadas modalidades executivas, confere-se a ele a possibilidade de antever a reação ao seu inadimplemento, bem como a garantia de que a jurisdição não determinará ou permitirá a utilização de meio executivo diverso daqueles previstos.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 212, nota 79).

¹³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: _____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 339.

Rompeu-se o multissecular dogma - fortemente sedimentado pela influência dos postulados do liberalismo - de que a atividade executiva só poderia invadir a esfera jurídica do demandado mediante meios executivos pré-fixados no texto legal.

Aduz-se, nesse âmbito de discussão, a exigência de “*completezza tipologica dei diversi mezzi di tutela esecutiva*” e de sua “*elasticità ed adeguatezza, in funzione delle variabili caratteristiche dei diritti a proteggere (e, soprattutto, in funzione dei nuovi diritti ad un fare o ad un non fare infungibile, emergenti dall’odierna evoluzione dei rapporti giuridici)*”.¹⁴⁰

Nesse novo horizonte, é dever do juiz aquilatar a técnica processual que melhor se harmoniza com as carências do direito material em jogo. A esse respeito, merece referência a reflexão de Luiz Guilherme Marinoni:

Como consequência disso, há que se entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas.¹⁴¹

Sob esse enfoque, impende ter presente que, se já não existe mais apenas um único modelo executivo pré-concebido pelo legislador para a realização concreta do direito do credor, o juiz - diferentemente do que sucede no terreno dos provimentos condenatórios - tem o dever de conformar a técnica processual de sorte a alcançar a melhor solução ao caso concreto, atendendo, assim, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

¹⁴⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, n. 2, apr./giu. 1994, p. 456.

¹⁴¹ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 225.

Isso significa que a manipulação do meio executivo não pode ser realizada de forma divorciada das particularidades das situações substanciais. Por isso, nesse particular, afirma-se “*insopprimibile il vincolo teleologico (da «mezzo» a «fine») tra lo strumento processual garantito e la tutela adeguata dei diritti o degli interessi sostanziali da proteggere.*”¹⁴²

É justamente nesse quadro que merecem particular realce aqueles direitos que dependem, para sua plena efetivação, de uma conduta própria do demandado.

Calha observar, nesse passo, que, certas situações substanciais, para serem devidamente protegidas, dependem apenas de que a decisão judicial opere efeitos no plano jurídico. Tratam-se daquelas situações que reclamam por tutela declaratória ou constitutiva. Outras situações, no entanto, demandam por atos que operem modificações no plano empírico e que, portanto, exigem sentenças e meios executivos idôneos para tanto.

Consoante explica Sérgio Cruz Arenhart, certas sentenças foram estruturadas, “direta e especificamente, para operar algum efeito no plano concreto, casos que a ação de direito material não se satisfaz, apenas, com a certificação ou a alteração operada no mundo jurídico, mas necessita de algum efeito especial no plano da realidade sensível.”¹⁴³

Como revela Arenhart, dão atendimento às necessidades de “tutelas de prestação” os provimentos executivos e mandamentais.¹⁴⁴

Interessa perceber que, no tocante a essa última categoria, para qual se dá especial atenção no presente estudo, há ordem endereçada ao demandando voltada para a obtenção de uma prestação ou de uma abstenção.

Há, por trás de estruturação da técnica mandamental,¹⁴⁵ o reconhecimento de que muitos direitos só encontram efetiva proteção por intermédio de ordens que

¹⁴² COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, n. 2, apr./giu. 1994, p. 454.

¹⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 97.

¹⁴⁴ ARENHART, Id.

encerrem prestações de fazer ou de não fazer. Mais do que isso, certos direitos reclamam que tais ordens de conduta sejam cumpridas pelo próprio demandado. É o caso, por exemplo, das obrigações ou deveres legais caracterizados pela infungibilidade.

Nesses casos, como é evidente, em razão da natureza peculiar da prestação requisitada, o resultado pretendido somente se obtém com a colaboração do sujeito passivo.

É nesse âmbito que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva vai exigir não só provimentos adequados, mas, sobretudo, meios executivos adequados à tutela daqueles direitos dependentes de um fazer ou de um não fazer por parte do demandado. Ora, diante de tais situações substanciais, não há como negar que a utilização da multa está vinculada ao dever do Estado de prover técnicas processuais capazes de concretizar suas próprias decisões.

Por sua vez, a outra face desse dever que recai sobre o Estado corresponde justamente ao direito fundamental do jurisdicionado de ser servido por tutela jurisdicional efetiva, sendo que, nesse campo, ganha particular destaque o direito fundamental ao meio executivo adequado à efetiva salvaguarda do direito material. Convém recordar, nessa ordem de raciocínio, que a multa consiste em um meio executivo e que, para além disso, sua aplicação sofre influxo direto do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Enunciar que o manejo da multa periódica é orientado pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste, sobretudo, em afirmar que o juiz, ao manipular a técnica processual, está sobremaneira vinculado ao dever de prestar tutela

¹⁴⁵ Essa modalidade de provimento vai para além da simples ameaça de invasão do patrimônio do réu. Contém ela uma ordem dirigida ao demandado, em pleno exercício de *imperium* do juiz. A tutela deixa de operar simplesmente no plano normativo, para aportar efeitos para o mundo concreto: a ordem se expressa no mundo sensível, impondo ameaça suficiente à pessoa do ordenado para compeli-lo a realizar a prestação exigida. (...) observa-se que, no provimento mandamental, o juiz exerce, preponderantemente, *imperium*, ou seja, atua o comando estatal que é inerente à sua própria função (muito embora tal haja sido olvidado por longo tempo). (ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 84-85).

efetiva ao direito material e, por via de consequência, adstrito à concretização desse direito fundamental.

A idéia de que o meio executivo deve ser manipulado em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva presta-se para demonstrar que, nesse contexto, o juiz não está autorizado a ocupar uma posição de neutralidade. Ao contrário, o direito fundamental incide no campo de responsabilidade do juiz, exigindo deste a propícia e adequada tutela do direito.

Do ponto de vista teórico, essa reflexão ganha relevância quando se questiona sobre qual é o verdadeiro interessado em tornar efetiva a prestação jurisdicional: o Estado ou o autor da demanda? Na perspectiva de Guilherme Rizzo Amaral “o interesse é deste último, ou seja, de quem requer ao Estado que lhe confira tutela jurisdicional.”¹⁴⁶

Essa posição doutrinária, que atribui ao autor o interesse na efetiva prestação jurisdicional ao autor, faz com que a atuação meio executivo - como é o caso da multa - seja focalizada exclusivamente à luz dos interesses da parte.

Não se coloca em dúvida que, da perspectiva do jurisdicionado, a tutela jurisdicional se dá pela oferta, àquele que tem sua pretensão provisória ou definitivamente acolhida, de uma situação mais favorável do que a que tinha antes do processo.

Contudo, a essa postura é possível lançar a seguinte objeção: não parece consentâneo com o atual papel da jurisdição no Estado Constitucional a afirmação de que o interesse em tornar efetiva a prestação da tutela jurisdicional seja reservado, ainda que apenas preponderantemente, ao autor. Ao contrário disso, a efetividade da tutela jurisdicional é um dever do Estado que emana diretamente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Essa linha de argumentação, muito mais consentânea com o novo papel do Estado e com a superação do princípio da tipicidade das formas executivas, encontra especial referencial teórico na seguinte lição:

¹⁴⁶ AMARAL, *As astreintes no processo civil brasileiro*, p. 55.

Se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a a livre disposição daquele que obteve a sentença. Ora, diante das novas funções do Estado, não se pode dispensar que a sua tarefa jurisdicional termina, quanto o Direito depende de atuação na realidade, no momento em que a sentença é proferida.¹⁴⁷

De mais a mais, esse direito fundamental, em razão de seu efeito irradiante, incide diretamente sobre o Estado-juíz e sobre o Estado-legislador¹⁴⁸, vinculando a atuação destes. Bem por isso é que “*a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.*”¹⁴⁹

Luiz Guilherme Marinoni explica que “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja presta de maneira efetiva *para todos os direitos.* (...) De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial (...).”¹⁵⁰

Não é demais lembrar que a multa, na atual sistemática processual, é dotada de um enérgico caráter público. Essa feição pública da multa foi reconhecida, a toda evidência, pelas novas regras sobre a matéria introduzidas pela reforma, notadamente a previsão contida no § 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil, consentido que o juiz, mesmo depois do trânsito em julgado, se valha dessa medida independente de

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n. 29, jul./set., 2003, p. 552.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 133.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 134.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 187.

pedido da parte,¹⁵¹ podendo, ademais, alterar seu valor, variar sua forma de incidência ou, ainda modificar a medida executiva já instituída.¹⁵²

Não é por outra razão que Calmon de Passos, analisando a possibilidade de cominação da multa de ofício, deixou claro que o interesse na obtenção da tutela específica ou do equivalente prático deslocou-se do autor para o âmbito de responsabilidade do juiz.¹⁵³

Em virtude disso, é possível concluir que o interesse do Estado na efetividade de suas decisões jurisdicionais e na prestação de tutela jurisdicional efetiva - ambos corolários do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – é o que, de fato, orienta a sistemática de aplicação dos meios executivos e que, portanto, consubstancia o objeto imediatamente protegido pela imposição da multa.

¹⁵¹ Veja-se a explicação de Edson Ribas Malachini a respeito: “A imposição dessa multa passou a ser considerada, precipuamente, *meio* (de coerção, mediante pressão psicológica sobre a vontade do devedor) para a eficaz prestação jurisdicional, e não precipuamente *objeto de pedido*. Assim, *independente de pedido* do autor para ser aplicado, e a multa pode ser imposta tanto na sentença condenatória quanto no próprio processo de execução; e pode ainda ser imposta no curso do processo cognitivo, mediante *antecipação de tutela*, quando ‘relevante o fundamento da demanda’ (*fumus boni iuris*), houver ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ (*periculum in mora*), como decorre dos §§3.º e 4.º do art. 461. (MALACHINI, Edson Ribas. Os título executivos e a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 789-790).

¹⁵² Marinoni arremata seu raciocínio afirmando que os vários poderes do juiz para atuação de ofício, acabam “libertando o juiz das amarras do legislador, mas não o deixando, como é óbvio, sem controle algum, uma vez que esse passou a ser feito pela regra da proporcionalidade. Ou melhor, a necessidade do juiz se vincular à execução, podendo agir de ofício para conceder a medida executiva que lhe parecer adequada ao caso concreto, é que levou a concentração da execução com o conhecimento, dando ao juiz o poder de exercer a atividade executiva ainda que sem a propositura de ação de execução. Ou melhor: a dispensa de ação de execução tem nítida intenção de conferir ao juiz que proferiu a sentença a possibilidade de determinar a medida adequada ao caso concreto, mesmo que não expressamente tipificada em lei.” (MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n. 29, jul./set., 2003, p. 552).

¹⁵³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 68.

5 TÉCNICAS DE EXECUÇÃO COERCITIVA NO DIREITO COMPARADO

Não é lícito duvidar, nos dias atuais, da relevância dos estudos comparativos, indispensáveis para que ordenamento jurídico pátrio possa favorecer-se das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais.

De fato, quando se pretende um exame mais profundo das técnicas de execução indireta, e mais precisamente da execução por meio de multa, impende examinar exemplos presentes no direito estrangeiro, sem prescindir, evidentemente, de uma análise crítica e voltada à extração do que há de construtivo para o sistema processual brasileiro. Em razão disso, a pretexto de formular a base teórica para compreensão dos mecanismos de execução por coerção de caráter pecuniário, revela-se proveitoso a observância das contribuições do direito alienígena.

Advirta-se desde logo que o estudo limitou-se à análise de figuras vinculadas ao tema, quer seja pela semelhança apresentada, quer seja por contemplarem contribuições e alternativas para o aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro. Por isso, do ponto de vista metodológico, optou-se por se privilegiar a análise dos mecanismos de execução coercitiva no sistema francês (*astreintes*), no sistema germânico (*zwangsgeld*) e no sistema da *common law* (*contempt of court*). Esse será, portanto, o escopo do presente capítulo.

5.1 A *ASTREINTE* NO DIREITO FRANCÊS

5.1.1 Conceito

No sistema processual francês, a execução indireta realiza-se mediante a utilização de uma multa denominada *astreinte*.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

¹⁵⁴ Cf.: CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980; VULLO, Enzo. L'esecuzione indiretta tra Itália, Francia e Unione Europea. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, jul./set. 2004; PERROT, Roger. La coercizione per dissuadione nel diritto francese.

A *astreinte* é um meio executivo tendente a vencer a resistência do devedor, exercendo pressão sobre a sua vontade. João Calvão da Silva explica que esse mecanismo consiste “em o juiz fazer acompanhar a condenação principal do devedor no cumprimento da obrigação – especialmente da obrigação de *facere* ou de *non facere* – de uma «pena» pecuniária (*astreinte*) por cada período de tempo (dia, semana, mês...) de atraso no cumprimento daquela ou por cada violação futura da obrigação negativa.”¹⁵⁶

A *astreinte* é definida por Roger Perrot como, “*un mezzo di pressione che consiste nel condannare un debitore tenuto ad adempiere un’obbligazione, risultante da una decisione giudiziale, a pagare una somma di denaro, spesso molto ingente, che può aumentare fino a proporzione assai elevate con il passare del tempo o con il*

Rivista di Diritto Processuale, n. 3, jul./set. 1996; DE BOER, Margreet B.. Osservazioni sull’*astreinte* nel diritto procesuale civile olandese. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, jul./set. 1996; CHIARLONI, Sergio. Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei direitti. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, jul./set. 1988; CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontratuale**. Milano: Giuffrè, 1993; CENDON, Paolo. Le misture compulsorie a carattere pecuniario. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989; TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

¹⁵⁵ Diversos sistemas processuais que sofreram influência do direito francês passaram a utilizar a *astreinte* como mecanismo de execução indireta. Ao traçar um panorama sobre “o mundo da *astreinte*”, Frignani analisa algumas questões respeitantes aos ordenamentos que absorveram a multa francesa. Luxemburgo, Bélgica e Holanda, deram o primeiro passo para a adoção da multa coercitiva por meio da Convenção Benelux de direito uniforme relativa à *astreinte*, firmada em 26.11.1973. Frignani menciona ainda que a *astreinte* aparece no sistema processual do Uruguai, Argentina, Líbano e Japão. (FRIGNANI, Aldo. Il mondo dell’*astreinte*: sviluppi recenti e prospettive. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 359-373).

¹⁵⁶ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 375. Segundo Orlando Gomes obrigar alguém a cumprir em forma específica uma obrigação de fazer fere os princípios da liberdade individual e da dignidade humana. A execução forçada de um *facere* é condenada pelo Direito, entre homens livres, desde as suas mais remotas origens, como está expresso no brocardo *nemo ad factum precise cogi potest*. Argumenta Orlando Gomes que o Direito moderno, entretanto, conhece métodos legais de compelir alguém à execução de uma obrigação de fazer. Para tanto, formulou-se a teoria denominada das *astreintes*, que consiste em uma condenação pecuniária, pronunciada à razão de “tanto” por dia, por semana, por mês ou por ano de atraso, e que visa a vencer a resistência do devedor de uma obrigação de fazer, exercendo pressão sobre sua vontade. De acordo com o autor, não há fortuna que possa resistir uma pressão contínua e incessantemente acentuada. (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 368).

moltiplicarsi delle violazioni. In altre parole, più il debitore si oppone all'esecuzione della sua obbligazione e più rischia di dover pagare una considerevole somma di denaro."¹⁵⁷

A *astreinte* corresponde, portanto, a uma coação de caráter econômico, no sentido de influir no ânimo do devedor psicologicamente para que este desempenhe a prestação a qual se negara a cumprir. Sua força coercitiva está na combinação de tempo e dinheiro.

O termo *astreinte* - consoante explica Enzo Vullo - deriva do latim *adstringere* (ou seja, constranger), o que se explica pelo funcionamento coercitivo do mecanismo. Segundo o professor da Universidade de Sassari, a *astreinte* pode ser definida "*come la condanna del debitore a pagare una somma di denaro per ogni giorno (o per qualunque altra unità de tempo: settimane, mesi, etc.) di ritardo nell'adempimento di un'obbligazione, oppure, ma meno frequentemente, a versare una somma fissa per ogni singola violazione dell'obbligazione*".¹⁵⁸

Sob essa perspectiva, o funcionamento do mecanismo é extremamente simples: à medida que o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará como pena. Por isso é que, segundo Liebman, as *astreintes* são "a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente".¹⁵⁹

¹⁵⁷ PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, 1996, p. 663-664.

¹⁵⁸ VULLO, Enzo. L'esecuzione indiretta tra Itália, Francia e Unione Europea. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 2004, p. 744.

¹⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 169.

5.1.2 Gênese e Evolução

É recorrente na doutrina a afirmação de que a razão da gênese da *astreinte* se liga à vontade de se criar um remédio para a insuficiência no direito positivo francês de meios executivos tendentes a viabilizar a execução na forma específica.¹⁶⁰

As primeiras aplicações do instituto foram voltadas para superar o limite representado pelo princípio *nemo praecise potest cogi ad factum*, o qual se encontra implicitamente consagrado no art. 1.142 do Código Civil Francês: “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur.*”¹⁶¹

Por muito tempo, a teor do que determinava o Código de Napoleão, a consequência legal do descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer incidia sobre o patrimônio do devedor. Conforme explica Ada Pellegrini Grinover “a intangibilidade da vontade humana era elevada à categoria de verdadeiro dogma, retratado pelo art. 1.142 do Código Civil francês, pelo qual ‘toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’”¹⁶².

De acordo com Roger Perrot, o processo civil clássico, concebido para a execução das obrigações que tem por objeto pagamento de soma em dinheiro, sempre foi impotente para constranger o devedor a cumprir uma obrigação de fazer ou de não fazer na forma específica. Por esse motivo, o Código Civil Francês do século passado limitava-se a determinar que o não cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer se resolvia em perdas e danos.¹⁶³

¹⁶⁰ VULLO, L’*esecuzione indiretta* tra Itália, Francia e Unione Europea, p. 745.

¹⁶¹ CHIARLONI, **Misure coercitive e tutela dei diritti**, p. 77.

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 65-76.

¹⁶³ PERROT, op. cit., p. 660.

A *astreinte*, cujo desenvolvimento se deu empírica e jurisprudencialmente, firmou-se, pouco a pouco, como uma reação a esse quadro de inoperância da tutela jurisdicional.

As origens do mecanismo coercitivo são bastante antigas e remontam uma praxe das Cortes francesas de aproximadamente dois séculos. É bastante difundida a explicação de que a primeira *astreinte* foi cominada pelo Tribunal de Croy no ano de 1811, sendo que, alguns anos depois, a Corte de Cassação chancelou a admissibilidade do instrumento.¹⁶⁴

Assim, conforme explica Calvão da Silva, a jurisprudência francesa criou as *astreintes* no início do século XIX¹⁶⁵, mesmo sob severas críticas advindas do plano doutrinário; dizia-se que, além de ilegítima e arbitrária, por se tratar de uma pena, era violado o clássico preceito segundo o qual *nulla poena sine lege*.¹⁶⁶

Nada obstante, o mecanismo difundiu-se definitivamente na França, tendo sido consagrado, no direito positivo francês, na lei sobre execução de 1972, após um século de vida jurisprudencial.¹⁶⁷

A sucessiva evolução do instituto - levada a efeito pela construção jurisprudencial - foi marcada por uma vigorosa extensão do âmbito da aplicação da *astreinte*, que se torna um mecanismo de utilização geral para garantir a execução de qualquer tipo de provimento judicial.¹⁶⁸

¹⁶⁴ VULLO, op. cit., p. 742-743. Esse autor analisa ainda como a jurisprudência do século XIX procurou encontrar um fundamento legislativo para a *astreinte*.

¹⁶⁵ SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 375.

¹⁶⁶ VULLO, op. cit., p. 743, nota 38.

¹⁶⁷ Segundo Calvão da Silva isso aconteceu “apenas em 1972, por lei de 5 de julho, com o legislador a legalizar a *astreinte*, após um século de vida jurisprudencial não pouco atribulada.” (SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 377).

¹⁶⁸ Segundo Michele Taruffo, em razão de se tratar de uma medida coercitiva particularmente eficaz, percebe-se uma tendência a sua generalização, isto é, a *astreinte* tem sido empregada todas as vezes em que se pretende assegurar a atuação dos provimentos judiciais. (TARUFFO, *L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, p. 90-91). Roger Perrot explica que no século passado, prestava-se maior atenção nos ordens do juiz tendo em vista que a figura do magistrado inspirava um “*timore reverenziale*” que legitimava a coerção material e o uso da força. Todavia, atualmente o contexto sociológico da execução diferencia-se significativamente de modo tal a autorizar “*altri mezzi de coercizione, e più specificamente, la coercizione per dissuasione.*” (PERROT, op. cit, p. 659).

No plano evolutivo, entende-se que o desenvolvimento histórico da *astreinte* seja fruto de uma progressiva tendência do poder administrativo em rejeitar o uso da força para assegurar a execução dos provimentos jurisdicionais cíveis. Tratou-se, portanto, de uma razão muito mais de ordem política, do que de considerações de carácter social ou humanitário.¹⁶⁹ A execução forçada, que era de competência do poder administrativo, foi aos poucos sendo reconduzida ao âmbito da tutela jurisdicional.¹⁷⁰

A jurisprudência, diante dessa lacuna de efetividade, buscou colmatá-la recorrendo a este meio de pressão sobre a vontade do devedor recalcitrante.

5.1.3 *Astreintes* e Ressarcimento dos Danos

Convém ressaltar que as *astreintes*, em suas raízes jurisprudenciais, foram por muito tempo confundidas com as perdas e danos causadas pelo inadimplemento.¹⁷¹

Nessa linha, explica-se que, diante da dificuldade inicial de se fornecer uma justificação textual às *astreintes* e da insuficiência em explicá-las como mera pena privada, as Cortes francesas continuaram a fundamentar a multa nos arts. 1142 e 1382 do Código Civil Francês.

¹⁶⁹ VULLO, op. cit., p. 745.

¹⁷⁰ Enzo Vullo faz questão de esclarecer que “l’affermazione dell’astreinte sarebbe conseguenza indiretta di quel processo storico e dogmatico che ha ricondotto l’esecuzione forzata nell’alveo della tutela giurisdizionale, sottraendola al potere amministrativo.” (VULLO, Id.).

¹⁷¹ “Se bem que o espírito da *astreinte* não fosse, como não é, o de reparar o prejuízo causado pela falta de cumprimento pontual e a *astreinte* se destinasse antes a estimular o devedor a cumprir pelo receio de uma sanção indefinidamente crescente, na origem apareceu a cobertura das perdas e danos. Este facto, o facto de a teoria das perdas e danos estar na origem da *astreinte* e de lhe servir de cobertura, explica-se pela circunstancia de esta ter nascido à margem de textos legais e de a sua legalidade ser, para muitos, duvidosa. A construção jurisprudencial deu-lhe, por isso, a cobertura das perdas e danos para vencer os protestos de uma doutrina quase unânime em considerar ilegal aquela instituição de origem jurisprudencial. Mas é obvio que, não obstante aparecer, no momento de ser pronunciada, com valor coercitivo, o facto de no momento final ser fixada em função dos danos sofridos pelo devedor, juntamente com o seu carácter provisório e reexaminável, diminuía, senão eliminava mesmo, o valor cominatório da *astreinte*, já que o devedor sabia de antemão que a condenação à *astreinte* não passava de uma ameaça de condenação à indenização e era, portanto, uma falsa *astreinte*.” (SILVA, **Cumprimento...**, p. 376).

Esse sistema sofreu severa reprovação da doutrina francesa, uma vez que não encontrava supedâneo na lei e porque, encarado como forma de indenização, contraria o princípio da correspondência entre o dano e o ressarcimento. Sem embargo dessa censura inicial, a verdade é que a jurisprudência francesa não hesitou em continuar lhe empregando.¹⁷²

A consequência de tal sistematização consistiu na tendência de se limitar a liquidação da medida coercitiva com base no dano derivado do inadimplemento.¹⁷³ Portanto, por longa data, a *astreinte* foi admitida como uma “sanção de natureza provisória e cominatória, mas não se tolerava que, por ocasião de sua liquidação, pudesse ir além da importância correspondente ao dano resultante da mora.”¹⁷⁴

Esse período histórico, marcado pela relação de inconcludência entre institutos diversos e pela autonomia precária e ambígua da *astreinte*¹⁷⁵, encerra-se em 20 de outubro de 1959, quando a Corte de Cassação Francesa entende ser ela uma “*mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêt*”, tendente a constranger o devedor a cumprir a decisão.¹⁷⁶

Portanto, consoante assinala Calvão da Silva, as *astreintes* romperam definitivamente os laços com seu passado - livrando-se, assim, de qualquer feição ressarcitória - quando a Corte de Cassação francesa decidiu que “a *astreinte*

¹⁷² De acordo com Marcelo Lima Guerra, mesmo “... sob cerrada crítica por parte da doutrina, o uso da *astreinte* tornou-se uma praxe consagrada na jurisprudência francesa, firmando-se, gradativamente, como medida coercitiva independente da indenização dos prejuízos decorrentes da inexecução de obrigação reconhecida por sentença. A partir da virada do século, a própria doutrina passa a reconhecer o valor prática da *astreinte* e proliferam os esforços de encontrar um fundamento legal para ela.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 110).

¹⁷³ CEDON, Paolo. Le misure compulsorie a carattere pecuniario. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 297.

¹⁷⁴ PÔRTO, Mário Moacyr. *Astreinte*. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 394, 1968, p. 29.

¹⁷⁵ CEDON, op. cit., p. 298. Ver ainda: TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 90.

¹⁷⁶ Cf.: “Est légalement justifié l’arrêt décidant que l’astreinte provisoire, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages – interest, et qui n’est en définitive qu’un moyen de vaincre la résistance opposée à l’exécution d’une condamnation, n’a pas pour objet de compenser le dommage né du retard et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés.” (FRANÇA, Cour de Cassation, 20 de outubro de 1959).

provisória, medida de constrangimento inteiramente distinta das perdas e danos, e que não é senão um meio de vencer a resistência oposta à execução de uma condenação, não tem por objecto compensar o dano resultante do atraso e é normalmente liquidada em função da gravidade da culpa do devedor recalcitrante e de suas possibilidades.”¹⁷⁷

As *astreintes* passaram então a ser fixadas tendo por referência o potencial financeiro do devedor e a capacidade de resistência ao cumprimento da ordem.¹⁷⁸ Tal postura foi posteriormente acolhida pela Lei francesa 72-226 de 5 de julho de 1972 que, ao disciplinar legislativamente as *astreintes*, definitivamente depurou-as do caráter ressarcitório.¹⁷⁹

Por isso Liebman dizer que as *astreintes* se caracterizam “pelo exagero da quantia em que se faz a condenação, que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende da existência de tal prejuízo.”¹⁸⁰ Atualmente, de acordo com o art. 34 da Lei 91-650 de 1991, é inequívoco no sentido de que: “*L’astreinte est indépendante des dommages-intérêts.*”¹⁸¹

¹⁷⁷ “Nos termos da citada lei, quer a *astreinte* provisória, quer a *astreinte* definitiva, são independentes da indemnização, podendo o juiz ordená-las mesmo oficiosamente, sem distinção do objecto das obrigações.” (SILVA, **Cumprimento...**, p. 377).

¹⁷⁸ PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1978, p. 1165; FRIGNANI, Aldo. Le penalità di mora e le *astreintes* nei diritti che si ispirano al modello francese. **Rivista di diritto civile**, 1981, p. 512.

¹⁷⁹ FRIGNANI, Le penalità di mora e le *astreintes* nei diritti che si ispirano al modello francese, p. 514. Ainda sobre o tema, merecem nota as lições de Michele Taruffo: “Rimane chiara, tuttavia, la funzione comminatoria che l’*astreinte* ha tipicamente sin dalle origini, e quindi che si tratti de una vera e propria misura coercitiva, come tale diretta a influire sulla volontà del debitore per indurlo all’attuazione specifica dell’obbligo di fare. Tale funzione risulta definitivamente stabilita con la già citata legge del 1972 che recepisce sostanzialmente i risultati dell’elaborazione giurisprudenziale, ma fornisce all’*astreinte* una base testuale autonoma e diversa dall’art. 1142 c.c. Tale legge ne definisce la funzione compulsoria, distinguendola nettamente dai meccanismi risarcitori, in particolari, in particolare con’individuazione della c.d. *astreinte définitive*, che risulta completamente depurata da ogni possibile commistione con i *dommages/intérêts.*” (TARUFFO, L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, p. 90).

¹⁸⁰ LIEBMAN, ob. cit., p. 170.

¹⁸¹ Art. 34: “A *astreinte* é independente da indenização por perdas e danos.”

5.1.4 Função Sistêmica

No direito contemporâneo, o objetivo da *astreinte* é impelir a vontade do obrigado por ordem judicial a cumprir; impõe-se a obrigação acessória de pagar uma soma de dinheiro por cada dia de atraso no cumprimento da ordem, que acresce à obrigação principal e beneficia a quem obteve.¹⁸²

No entanto, sua função ultrapassa a questão meramente processual. A inegável utilidade do instituto, ao assegurar a execução dos provimentos judiciais, garante a eficácia da tutela jurisdicional e “absorve a uma função também publicística de conservação ‘da paz social.’”¹⁸³

Sob esse enfoque, são significativas as palavras de Mazeaud, relator da Lei 72-626 de 5 de julho de 1972 na *Assemblée nationale*, que, expondo os motivos da existência da *astreinte*, comenta que não se trata ela apenas

*... de l'intérêt des créanciers à voir leurs débiteurs s'exécuter...mais...bein plus d'un prpblème d'intérêt general...On troublerait gravement l'ordre social si on prenait une sorte d'habitude à considérer que lés débiteur ne sont pas tenus de s'exécuter. Il est également de l'intérêt général – et c'est là sans doute la fonction première de l'astreinte – de voir les décisions du jge respectées et exécutées.*¹⁸⁴

Atualmente, a função da *astreinte* é determinada pelo art. 33 da Lei 91-650 de 1991, segundo o qual: “*Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*”¹⁸⁵

Nessa linha, Calvão da Silva trata a *astreinte* como “um meio de constrangimento que incide sobre os bens do devedor, a fim de o levar a obedecer à

¹⁸² PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México, 1954, p. 75.

¹⁸³ VULLO, op. cit, p. 748.

¹⁸⁴ VULLO, op. cit, p.748-749.

¹⁸⁵ Art. 33: “Todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma *astreinte* para garantir a execução de sua decisão.”

decisão judicial e realizar a obrigação a que está adstrito e no cumprimento da qual foi condenado, cumulável com a indenização.”¹⁸⁶

Segundo Roger Perrot, a *astreinte*, enquanto uma forma de coerção por *dissuasione*, funciona nitidamente como meio de pressão ou de intimidação: “*Così concepita, l’astreinte è un mezzo d’intimidazione destinato ad impressionare il debitore per forzare la sua volontà ed indurlo ad eseguire spontaneamente la decisione giudiziale che lo condanna.*”¹⁸⁷

Por isso é que a doutrina francesa mais recente orientou-se em definir a *astreinte* da seguinte forma: (i) como uma medida coercitiva (*moyen de contrainte* ou *moyen de pression*), (ii) como uma pena privada, (iii) ou ainda atribui-lhe natureza mista (pena privada e medida coercitiva). Superou-se, portanto, antigas posturas que a atribuíam a tal instituto a natureza ressarcitória ou, ainda, que compreendiam a *astreinte* como “*une voice d’execution*”.¹⁸⁸

Conclui-se, dessa maneira, que nada há que possa por em dúvida a real eficácia das *astreintes* como meio de coerção ao cumprimento da ordem judicial.

5.1.5 Setor de Aplicação

Historicamente a *astreinte* é ligada à execução das obrigações de fazer e não fazer. Isso é compreensível já que foi nesse terreno que se sucedeu o nascimento do

¹⁸⁶ SILVA, **Cumprimento...**, p. 378. Dessa definição já se pode observar que as *astreintes* não têm, ao menos atualmente, qualquer pretensão indenizatória, prestando-se tão-somente como meio de execução indireta.

¹⁸⁷ Veja-se a exemplificação utilizada por Roger Perrot: “Un’impresa che fabbrica oggetti contraffatti viene condannata a dover cessare la loro fabbricazione; il giudice puà benissimo aggiungere alla sua condanna un’astreinte minacciando così l’impresa condannata a pagare 1000 franchi francesi per ogni oggetto contraffatto che continuerà ad essere venduto. Se il debitore è cosciente delle proprie responsabilità, comprenderà ben presto che per lui è più conveniente cessare immediatamente la propria produzione piuttosto che esporsi al rischio di dover pagare un’ingente somma di denaro per aver disobbedito all’ingiunzione dei giudice. (...) Come ha giustamente scritto l’onorevole Carbonnier, «si colpisce il portafoglio per forzare la volontà».” (PERROT, op. cit., p. 664).

¹⁸⁸ VULLO, op. cit., p. 747.

instituto. A própria definição do instituto conduz a tal conclusão. De acordo com a definição mais acreditada, conforme explica Giuseppe Borrè, a *astreinte* é uma condenação pecuniária pronunciada em razão de tanto por dia de atraso destinada a obter do devedor a execução de uma obrigação de fazer.¹⁸⁹

Além disso, por um longo tempo a jurisprudência considerou que não era oportuno empregar a *astreinte* quando a obrigação tinha por objeto a entrega de soma em dinheiro. Nesses casos, dizia-se que bastava o credor promover a penhora de bens do devedor suficientes para garantir a satisfação do crédito.¹⁹⁰

No entanto, em 29.05.1990, esse cenário foi alterado por uma importante decisão da Corte de Cassação Francesa que estendeu a aplicação da *astreinte* às obrigações que tinham por objeto o pagamento de soma em dinheiro.

Tratou-se de um caso em que o empregador foi condenado a pagar ao ex-funcionário uma indenização pela demissão e a ressarcir os danos gerados pela demissão ilegítima. Para dar maior eficácia à própria decisão, o juiz cominou multa de 50 francos por dia de atraso. A questão foi levada à apreciação da Corte de Cassação que, abandonando a linha de entendimento há muito consolidada, passou a considerar legítimo o uso da *astreinte* para efetivação da condenação de pagamento de soma em dinheiro.¹⁹¹

Atualmente se admite o recurso à medida coercitiva para garantir a execução de obrigações de fazer fungível, de entrega de coisa e também para assegurar a eficácia dos provimentos de condenação ao pagamento de soma em dinheiro. Exclui-se, no entanto, as obrigações de natureza “*très personnelle*”, como, por exemplo, aquela assumida pelo artista de realizar uma obra de arte ou ainda as obrigações que envolvem a liberdade individual ou de consciência.¹⁹²

¹⁸⁹ BORRÈ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Napoli: Jovene, 1966, p. 22.

¹⁹⁰ PERROT, op. cit., p. 665.

¹⁹¹ PERROT, op. cit., p. 665.

¹⁹² VULLO, op. cit., p. 752.

A evolução jurisprudencial do instituto e a atual disciplina legislativa conduzem à atitude, sublinhada por Paolo Cedon, de que a *astreinte* pode ser empregada contra qualquer espécie de devedor, sem que haja distinção quanto à fonte ou à natureza da obrigação; ou seja, é aplicável às obrigações de dar, de fazer, de não fazer; cíveis ou administrativas; obrigações de caráter patrimonial ou não-patrimonial; de origem contratual, delituosa ou legal.¹⁹³

Há, ainda, nessa recente evolução, a extensão quanto ao seu destinatário. Tradicionalmente a *astreinte* era confinada às relações privadas, destinada precisamente à execução de obrigações de natureza civil ou comercial. Hoje, todavia, a *astreinte* ultrapassa o terreno do direito privado, alcançando os confins do direito administrativo e, em particular, podendo ser endereçada às pessoas jurídicas de direito público.¹⁹⁴

Cabe ainda fazer menção ao fenômeno da extensão das *astreintes* para campos além da sentença de mérito. Admite-se o emprego da multa para assegurar a atuação de medidas cautelares e também para salvaguardar a efetivação de pronunciamentos instrutórios do juiz.¹⁹⁵

Por isso é que, conforme explica Michele Taruffo, a *astreinte* não corresponde a uma técnica de execução indireta conexas a determinados tipos de situações substanciais ou a situações às quais não sejam utilizáveis outras formas de execução. É, hoje, isto sim, um instituto geral, aplicável a todos os casos e também

¹⁹³ CEDON, op. cit., p. 294-295. Ver, ainda, sobre o tema: SILVA, João Calvão da. **Cumprimento...**, p. 378.

¹⁹⁴ Roger Perrrot explica que a evolução teve início com uma decisão do Tribunal Superior Administrativo (*Tribunal des Conflicts*) de 17 de junho de 1948. Depois disso, duas leis sucessivas já consagram a possibilidade de a *astreinte* vir a se cominada contra entes públicos, uma de 16.07.1980 e outra de 08.02.1995. Assim, “se un ente pubblico condannato non segue la propria condanna nei termini previsti, un’*astreinte* può essere pronunciata nei suoi confronti su richiesta del creditore (art. L. 6-1 e 8-2 c. trib. ammininist.)” (PERROT, op. cit., p. 665).

¹⁹⁵ V. a respeito: CAPPONI, Bruno. *Astreintes* nel processo civile italiano? **Giustizia civile**, n. 4, 1999, p. 164.

concorrentemente a outras formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação de pronunciamentos do juiz.¹⁹⁶

Segundo a doutrina francesa, a razão dessa extensão do domínio da *astreinte* reside nas vantagens de ordem prática que tal meio executivo oferece ao credor, evitando que este venha a enfrentar o tempo e custo do processo, além de submetê-lo à freqüente indisponibilidade da força pública para dar atuação aos provimentos jurisdicionais.¹⁹⁷

5.1.6 Possibilidade de Pronunciamento da *Astreinte* de Ofício e Competência

O problema envolvendo a possibilidade de o juiz infligir a *astreinte* de ofício já encontrava solução na Lei de 72-626 de 5 de julho de 1972, postura que se manteve na Lei 91-650 de 1991. De acordo com o art. 33 dessa lei, a cominação da *astreinte*, para assegurar a execução das decisões judiciais, pode ser realizada “*même d’office*”.¹⁹⁸

Entende-se, nesse tocante, que o juiz que comina a *astreinte* dispõe de um poder discricionário que se liga mais ao seu *imperium* do que ao seu poder de *jurisdictio*; por isso, é excluída a possibilidade de que a fixação da multa seja

¹⁹⁶ Cf.: “Si trata essenzialmente del fatto che, essendo l’*astreinte* emersa come misura coercitiva particolarmente efficace, si è determinata una netta tendenza alla sua generalizzazione, ossia a prevederne l’impiego ogniqualvolta si tratti di assicurare l’attuazione coattiva di un obbligo sancito in un provvedimento del giudice. Ciò comporta il superamento dell’originario collegamento fra *astreinte* e obblighi di fare o di no fare ingungibili e l’estensione dell’istituto a qualunque tipo di obbligazione. (...) L’*astreinte* non si configura più, dunque, come una tecnica di esecuzione indiretta connessa a particolari tipi di situazioni sostanziali, ovvero a situazioni nelle quali non siano utilizzabili altre forme di esecuzione, ma come istituto generale, applicabile in ogni caso ed anche in concorrenza, e di preferenza, rispetto ad altri strumenti di attuazione dei provvedimenti del giudice.” (TARUFFO, L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, p. 91).

¹⁹⁷ VULLO, op. cit., p. 754.

¹⁹⁸ Enzo Vullo anota que, mesmo antes da promulgação dessa norma, a maioria da doutrina francesa já entendia dispensável que a fixação da *astreinte* fosse condicionada ao pedido da parte. (VULLO, op. cit., p. 750, nota. 61).

condicionada ao requerimento do autor.¹⁹⁹ Além disso, conforme obtempera Roger Perrot, não se exige que o pronunciamento da *astreinte* seja objeto de motivação ou precedido de contraditório.²⁰⁰

A lei atribui a qualquer juiz a competência para pronunciar a *astreinte* (“*juges professionnels, prud’hommes, consulaires, échevinaux*”), assim como aos árbitros. Com a lei 95-125 de 8 de fevereiro de 1995, estendeu-se tal poder aos juízes dos tribunais administrativos.²⁰¹

5.1.7 Titularidade do Crédito

Sem dúvida alguma, uma das questões mais polêmicas em relação à *astreinte* diz respeito à destinação de seu crédito.

Nesse sistema, o credor é o beneficiário do produto da multa. Porém, segundo Roger Perrot, tal solução é discutível por três motivos. Em primeiro lugar, porque “com este sistema o credor enriquece injustamente; e enriquece ainda mais quando a *astreinte* é liquidada em uma soma muito elevada”.²⁰²

A doutrina francesa tem adotado uma postura crítica nesse tocante. Reverter o produto da *astreinte* para o credor pode significar um excessivo e injustificado enriquecimento uma vez que tal soma agrega-se e não substitui a eventual indenização por perdas e danos.²⁰³

Em segundo lugar, entende-se que, como “a *astreinte* é destinada a sancionar uma ofensa causada ao juiz”, fera a lógica defender que seu produto dê ensejo a um

¹⁹⁹ De acordo com Enzo Vullo, “al giudice compete la più ampla discrezionalità nel concedere o negare tale provvedimento, nel senso que si tratta di un potere esercitabile d’ufficio”. (VULLO, op. cit., p. 754).

²⁰⁰ PERROT, op. cit., 665.

²⁰¹ CAPPONI, Bruno. *Astreintes* nel processo civile italiano? **Giustizia civile**, n. 4, 1999.

²⁰² PERROT, op. cit., p. 668.

²⁰³ VULLO, op. cit., p. 759.

benefício financeiro para o autor.²⁰⁴ Aliás, é emblemática a crítica de Roger Perrot, nesse tocante:

Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!²⁰⁵

No âmbito jurisprudencial tal contradição foi igualmente questionada, como noticiam Hébraud e Raynaud:

*L'analyse que la jurisprudence actuelle donne de l'astreinte accentue ces contradictions. En l'opposant aux dommages-intérêts, elle détache son fondement du droit substantiel appartenant au créancier, eu dont il a la maîtrise. Mais son objet reste une somme d'argent attribuée au créancier, et il est illogique d'enrichir le patrimoine d'un particulier en dehors de sa volonté, en vue d'une finalité qui lui est étrangère et que l'on présente comme exprimant un intérêt public.*²⁰⁶

Em terceiro, a destinação da *astreinte* para o credor é discutível em termos práticos uma vez que os juízes, conscientes de que a liquidação da *astreinte* em um patamar muito alto enriquece o autor, têm, afora casos excepcionais, diminuído expressivamente a multa fim de evitar o enriquecimento sem causa do credor. Assim, as *astreintes* vêm sendo liquidadas em montante correspondente a 2% ou 3% do importe inicialmente fixado.²⁰⁷ O resultado disso é que “a *astreinte* perde sua força intimidatória em relação ao devedor que, bem informado por seu advogado, saberá que a *astreinte* fixada em cifra muito elevada será consideravelmente diminuída no momento da liquidação”.²⁰⁸

²⁰⁴ PERROT, Id.

²⁰⁵ PERROT, Roger. L'astreinte – Ses aspects nouveaux. **Gazette du Palais**, v. 111, III, 1991, p. 808 *apud* GUERRA, op. cit., p. 123.

²⁰⁶ HÉBRAUD, Pierre; RAYNAUD, Pierre. Jurisprudence française em matière de droit judiciaire prive. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1968, p. 755.

²⁰⁷ PERROT, La coercizione per dissuadione nel diritto francese, p. 668-669.

²⁰⁸ PERROT, La coercizione per dissuadione nel diritto francese, p. 668-669.

Para remediar tal situação, segundo Perrot, o projeto inicial que deveria culminar na atual Lei 91-650 de 1991 continha um dispositivo autorizando que o juiz revertesse parte do produto da multa para um fundo nacional de ajuda social, quando considerasse que a liquidação da pena poderia injustificadamente enriquecer o credor.

A vantagem dessa solução era patente: evitava o enriquecimento sem causa do credor, sem, contudo, reduzir a responsabilidade do devedor recalcitrante. Ademais, impunha aos maus devedores a obrigação de ajudar um fundão de apoio social.²⁰⁹

Muito embora tal projeto tenha sido acolhido por parte da Assembléia nacional, foi rejeitado no Senado sob o argumento de que o inadimplemento de devedores privados não deveria beneficiar fundos públicos.²¹⁰

A questão, no entanto, como se pode imaginar, ainda é fonte de polêmicas e permanece sendo constantemente criticada. Compreensível, diante disso, a afirmação de Roger Perrot no sentido de que a atribuição do crédito decorrente da fluência da multa ao credor tem sido o maior defeito do instituto e a fonte de todas as suas ambigüidades.²¹¹ Por isso é que, na tentativa de superar tal deficiência, a lei relativa à *astreinte* emanada do *Consiglio di Stato*, diferentemente do estatuto que disciplina a multa no direito privado, autoriza que o produto da multa seja revertida para um fundo local.²¹²

²⁰⁹ Comentando sobre tal proposta e suas vantagens, assim se pronuncia Enzo Vullo: “No vi è dubbio che se una di queste proposte fosse diventata legge, l’istituto dell’astreinte avrebbe assunto una più marcata venatura pubblicistica, facendo maggiormente risaltare, accanto all’interesse privato all’adempimento, il valore sociale rappresentato dal rispetto dei provvedimenti giurisdizionali.” (VULLO, op. cit., p. 759).

²¹⁰ PERROT, op. cit., p. 669.

²¹¹ PERROT, op. cit., p. 669. V. Ainda: PERROT, Roger. L’effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, anno XXXIX, n. 4, 1985, p. 859-860.

²¹² PERROT, L’effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia, p. 860.

5.1.8. Características

Da exposição até agora apresentada, pode-se enunciar as principais características da multa francesa. A *astreinte* não é meio de indenização e, dessa sorte, não pressupõe a existência de um dano sofrido pelo credor. Enquanto a indenização deriva do prejuízo sofrido pelo credor, a *astreinte* visa assegurar a execução na forma específica (“*assurer l’exécution de sa décision*”). Disso decorre que a *astreinte*, ao contrário da indenização do dano, não é fixada de acordo com o prejuízo sofrido pelo credor, mas, o que é bem diferente, consoante critérios idôneos a garantir a eficácia compulsória das ordens judiciais.²¹³

Some-se a isso que a *astreinte* tem uma eficácia transitória, o que também assinala uma diferença fundamental em relação à indenização; a decisão que a impõe não é passível de execução provisória. Seu fim é assegurar a execução; quando o resultado é alcançado, desaparece a sua razão de ser; é suprimida ou reduzida. Poderá ela, ademais, ser modificada pelo tribunal. Em decorrência de sua natureza cominatória, se o devedor cumpre a obrigação, por nada mais responde.

Além disso, como já revelado, a *astreinte* não corresponde a uma técnica de execução indireta vinculada a determinados tipos de situações substanciais ou a situações as quais não sejam utilizáveis outras formas de execução, mas a uma “*misura coercitiva generale*”²¹⁴, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação de pronunciamentos do juiz.

²¹³ Marcelo Lima Guerra explica que há um limite para concessão da *astreinte* que reside justamente na “possibilidade real da medida levar ao cumprimento da respectiva decisão. Se não há sobre o que exercer coerção, a *astreinte* não deve ser utilizada. Da mesma forma, quando a execução da condenação torna-se praticamente impossível, a *astreinte* não pode prosseguir ou, se ainda não tiver sido concedida, já não poderá mais.” (GUERRA, op. cit., p. 117)

²¹⁴ CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 80

5.1.9 Reflexões Conclusivas

As conclusões de Michele Taruffo, em seu estudo comparativo, indicam que o tratamento das *astreintes* no sistema francês “acaba por fornecer uma resposta global e polivalente à '*necessidade de efetividade*' que se manifesta no terreno da atuação dos direitos.”²¹⁵

Segundo o professor italiano, a *astreinte* configura um meio executivo que permite adaptar sua força compulsória às necessidades do caso concreto e que, além disso, pode ser utilizado na tutela de todas as situações jurídicas que encontram reconhecimento em um pronunciamento judicial.

Essa faceta genérica da multa francesa conduz à conclusão de que “o ordenamento francês conseguiu, através da evolução recente da *astreinte*, um grau extremamente elevado de cumprimento específico das obrigações de quaisquer natureza e isto com um instrumento compulsório de alcance genérico, em vez de ser através de um disciplina específica para cada situação substancial.”²¹⁶

5.2 ZWANGSGELD: A MULTA DO SISTEMA GERMÂNICO

5.2.1 Panorama da Tutela Executiva no Direito Alemão

O sistema germânico é marcado por uma rigorosa tipologia das obrigações e a ela corresponde uma igualmente rígida estruturação de meios executivos, sendo que o valor fundamental é o adimplemento específico das várias espécies de obrigação.²¹⁷

O ordenamento alemão se caracteriza pela tipicidade dos meios executivos.²¹⁸ Todas as medidas e meios executivos constitutivos desse ordenamento foram

²¹⁵ TARUFFO, op. cit., p. 86.

²¹⁶ TARUFFO, op. cit., p. 87.

²¹⁷ TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 79.

preordenados de forma exaustiva pelo legislador. Isso equivale a dizer que “o legislador tipificou as medidas executivas cabíveis, assim como os procedimentos correspondentes e os casos de cabimento de cada uma delas, *sem deixar qualquer margem de avaliação ao juiz quanto ao meio executivo mais adequado, no caso concreto, para satisfazer o direito do credor.*”²¹⁹

Segundo Michele Taruffo, os propósitos visados pelo legislador processual germânico são claramente aferíveis: em primeiro lugar, houve a pretensão de conceber um sistema orientado no sentido de assegurar a execução específica de todos os tipos de obrigação mediante a individuação de um repertório articulado de instrumentos executivos; em segundo, buscou-se criar um sistema completo em que todas as espécies de obrigação encontrem uma forma típica de execução preordenada, sem deixar, portanto, margem à discricionariedade das partes ou do órgão jurisdicional.²²⁰

O referencial utilizado pelo Código de Processo Civil Alemão (*ZPO*) para formatar o repertório de meios executivos corresponde, de forma exata, à classificação civilista das obrigações (obrigação de dar, de entrega de coisa, de fazer e não fazer). Assim, no sistema alemão, cada modalidade executiva é preordenada em função do direito subjetivo a ser tutelado.²²¹

Em outras palavras, a relação de conformidade entre o Código de Processo Civil Alemão (*ZPO*) e o Código Civil Alemão (*BGB*) faz com que cada tipo de obrigação se vincule a uma forma particular de técnica executiva destinada a promover o cumprimento na forma específica.

Dessa sorte, se, por exemplo, o que se pretende é a execução de obrigação de pagar quantia certa, os §§ 803 a 882 do *ZPO* disciplinam a modalidade de execução

²¹⁸ Assim expõe Aldo Frignani: “È noto che la *ZPO* è caratterizzata da un sistema di autonomie categorie di obblighi, cui corrispondono diversi strumenti esecutivi.” (FRIGNANI, Aldo. Il mondo dell’*astreinte*: sviluppi recenti e prospettive. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 368).

²¹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 135.

²²⁰ TARUFFO, op. cit., p. 80-81.

²²¹ Michele Taruffo explica que o ordenamento alemão é fundamenta-se na idéia de uma classificação um tanto quanto rígida dos vários tipos de obrigação, em que, a cada um deles, corresponde uma forma de execução particular. (TARUFFO, op. cit., p. 79).

aplicável. Nesse caso, por exemplo, a execução será levada a efeito exclusivamente por medidas sub-rogatórias. Ou seja: a atividade executiva conduzida pelo juiz será substitutiva e independente da atuação voluntária do devedor. A atividade executiva, dentro do limite da responsabilidade patrimonial do devedor, desenvolver-se-á mediante atos expropriatórios aptos a satisfazer o direito do credor.²²²

No tocante às obrigações de fazer, há igualmente a ordenação prévia dos procedimentos e meios executivos cabíveis, havendo apenas certa distinção em função de se tratar de uma prestação de fato infungível ou fungível²²³. Para as obrigações de fazer fungíveis a execução se dá por meio da prestação do fato pelo próprio credor ou por sub-rogação de um terceiro, por conta do obrigado²²⁴ (§ 887, *ZPO*), ao passo que, em relação às obrigações de fazer infungíveis e obrigações de não fazer a técnica processual predispõe meios de execução indireta (§§ 888 e 889, *ZPO*)²²⁵.

Portanto, a par da execução forçada sub-rogatória prevista no § 887²²⁶ do *ZPO* para as obrigações de prestação de fato fungível, o *Zivilprozessordnung* prevê a

²²² GUERRA, **Execução indireta**, p. 135.

²²³ Assim expõe Leo Rosenberg: “*La ejecución se configura en forma distinta según los actos por ejecutar sean fungibles o no.*” (ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução de: Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1953, t. III, p. 244).

²²⁴ Conforme ROSENBERG: “En ese sentido, el § 887, III, dispone expresamente que las normas sobre ejecución forzosa para realización de actos (realizables por terceros)...”. (ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução de: Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1953, t. III, p. 14). Segundo TARUFFO, “il § 887 si riferisce espressamente agli obblighi fungibili (*vertrebar*) prevedendone l’esecuzione diretta por surroga”. (TARUFFO, op. cit., p. 80).

²²⁵ “Por outro lado, no procedimento executivo destinado ao cumprimento forçado de obrigações infungíveis, o legislador germânico empregou meios executivos *coercitivos*, ou de *coação indireta*, com os quais o juiz emprega providências que consistem na imposição, ao devedor, de sanções agravadas e *agraváveis*, na proporção em que ele persistir no inadimplemento, destinadas a exercer uma *pressão psicológica* sobre a vontade desse devedor, induzindo-o a realizar, por si só, a prestação devida.” (GUERRA, **Execução indireta**, p. 137).

²²⁶ “§ 887 - Vertretbare Handlungen

(1) Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

(2) Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

(3) Auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen sind die vorstehenden Vorschriften nicht anzuwenden.”

aplicação de mecanismos de execução indireta (em especial, a multa coercitiva) às prestações de fazer infungíveis (§ 888) e às prestações de não fazer (§ 890).

Assim sendo, do ponto de vista da técnica processual aplicável, o sistema alemão é bastante claro: a categoria das obrigações de conteúdo pecuniário encontra correspondência nas formas de execução por transformação, isto é, na execução direta (§§ 803-882, *ZPO*); as obrigações de entregar ou de liberar são tuteladas por intermédio da execução sob a forma específica de apreensão coativa do bem (§§ 883-886, *ZPO*); as obrigações de fazer fungível são tuteladas por meio da técnica de execução direta por sub-rogação de um terceiro, por conta de obrigado (§ 887, *ZPO*); as obrigações de prestar declaração de vontade são concretizadas por meio da própria sentença (§§ 894-896, *ZPO*); por fim, as obrigações de fazer infungíveis ou de não fazer são tuteladas por intermédio da técnica de execução indireta, dando origem à execução por meio da *Zwangsstrafen* (§§ 888 e 890).

5.2.2 Prioridade da Execução na Forma Específica

Como já apontado, o sistema executivo germânico é estruturado para o fim de assegurar a execução específica de todos os tipos de obrigação mediante a individuação de um conjunto articulado de instrumentos executivos.

Portanto, a técnica processual endereçada à tutela das obrigações e deveres de fazer e não fazer foi ordenada de sorte tal a obter o cumprimento *in natura*.

Em certos campos específicos – *v.g.*, direito concorrencial, direito da personalidade, direito da propriedade industrial, direito do consumidor e, de um modo geral, os direitos coletivos – há evidente preferência pela prevenção do dano através da imposição de uma obrigação de não fazer. A intervenção jurisprudencial nesses

territórios atesta que “*l’idea di limitare la tutela al risarcimento è, in Germania, del tutto inaccettabile.*”²²⁷

A prioridade dada pelo sistema alemão à tutela na forma específica assenta-se, de modo geral, em dois motivos. Entende-se, em primeiro lugar, que nenhuma forma de tutela é mais adequada e eficaz do que aquela que obrigue o devedor a prestar exatamente o que prometeu. E isso é facilmente compreensível já que, sem dúvida alguma, a tutela ressarcitória é a que mais exige tempo, seja por conta da necessidade de se perquirir a culpa e o dano, seja em razão da maior complexidade da técnica executiva afeta às obrigações de conteúdo pecuniário (como visto anteriormente, trata-se da técnica sub-rogatória).

Como assevera Wolfgang Grunsky, a tutela ressarcitória, principalmente no terreno dos direitos coletivos, sempre envolverá dificuldades de cunho técnico (liquidação do dano, divisão da indenização entre os prejudicados). Nessa ordem de idéias, o melhor remédio contra o não cumprimento da obrigação ou do dever legal é aquele que conduz exatamente ao cumprimento *in natura*. Em verdade, só nessa hipótese pode-se falar em perfeita tutela jurídica.²²⁸

A par desse critério eminentemente prático, afirma-se que o primado da tutela *in natura* sobre a tutela pelo equivalente possui raiz constitucional no princípio da efetividade. Wolfgang Grunsky chega a ponderar que se, hipoteticamente, o legislador alemão modificasse o *status quo*, introduzindo uma disciplina análoga ao direito italiano (isto é, uma disciplina normativa que não conceba medidas coercitivas aptas a

²²⁷ Em complementação a essas idéias, Wolfgang Grunsky pondera que: “Anche il riconoscimento delle azioni negatorie ed inibitorie e di quelle collettive a tutela degli interessi diffusi si collega alla presenza di obblighi di non fare. L’esempio più importate, al riguardo, è representado dall’obbligo di no usare condizioni generali di contratto inique: le associazioni dei consumatori possono agire nei confronti dell’imprenditore por ottenere che si astenga dal continuare ad usare queste condizioni contrattuali. Il remedio preventivo, ancora una nova votla, si lascia preferire a que repressivo: tanto più in questa materia, dovo il risarcimento del danno, a parte la difficoltà ad ottenerlo, pone gravi problemi in sede tecnica (liquidazione, divisione delle somme).” (GRUNSKY, Wolfgang. Interventi e comunicazioni. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 384).

²²⁸ GRUNSKY, op. cit., p. 384.

induzir ao cumprimento na forma específica), com grande probabilidade isso resultaria na inconstitucionalidade da nova disciplina.²²⁹

Como se pode supor, o princípio constitucional da efetividade não se satisfaz exclusivamente com a tutela ressarcitória²³⁰, exigindo, para além disso, técnicas processuais que dêem conta de promover o cumprimento na forma específica das várias situações substanciais existentes.

Nesse passo, uma última questão merece destaque. Um sistema que assegure tutela jurisdicional tão-somente às situações substanciais que se satisfaçam com a técnica ressarcitória – vale dizer, com a técnica que pressupõe a ocorrência do dano – acaba por negar uma série de direitos que não se revestem de conteúdo patrimonial. É o caso, por exemplo, dos direitos da personalidade. Conquanto estes possam, em determinadas hipóteses, reclamar por tutela ressarcitória (por exemplo, quando violado o direito e consolidado o dano correspondente), na grande maioria dos casos, essa espécie de direitos exige um tipo proteção que não se satisfaz com a mera indenização. Tais direitos exigem tutelas que se voltem contra o ilícito, seja mediante atuação repressiva ou preventiva.²³¹

Dessa forma, quando se examina a técnica executiva presente no ordenamento germânico, afora as críticas que lhe possam ser endereçadas em termos de eficácia ou maleabilidade, é inegável que a predisposição de medidas e procedimentos executivos viabiliza uma variedade de espécies de tutela, além daquela exclusivamente ressarcitória.

O que interessa perceber, portanto, é que o sistema processual alemão não consente que certos direitos substanciais não encontrem uma modalidade executiva

²²⁹ GRUNSKY, Id.

²³⁰ Isso sucede justamente porque não é toda espécie de direito material que se satisfaz com a tutela ressarcitória. As tutelas reclamadas pelo direito material são muito mais amplas do que a mera indenização pelo equivalente monetário.

²³¹ Sobre a distinção entre tutela repressivas e preventivas dirigidas contra o ilícito, v. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 125-133.

que lhe outorgue proteção adequada.²³² A ampliação de direitos substanciais sem que haja a correspondente predisposição de técnicas processuais aptas a prestar a tutela apropriada implica certamente na frustração da exigência de efetividade que permeia esse sistema.²³³

5.2.3 Críticas ao Sistema Executivo Alemão

Alinhavadas essas idéias, são indispensáveis algumas considerações críticas em relação ao sistema ora investigado. Desde logo deve-ser ter em mente que a tentativa de construção de um sistema perfeito, fundando numa rigorosa conceitualização, e que opera mediante a estrita vinculação dos modelos executivos às espécies de obrigações, não é isenta de censura.

Em primeiro lugar, as críticas que lhe são formuladas dirigem-se à falta de eficácia desse sistema de exclusividade e correspondência biunívoca das tipologias. A despeito de a técnica processual do *ZPO* haver disponibilizado instrumentos de execução específica fortemente tipificados, a atuação do direito muitas vezes é pleiteada através do equivalente em pecúnia. Esse sistema de categorias rígidas e exclusivas acaba sendo frustrado tendo em vista que, no plano jurisprudencial, há o emprego das várias técnicas executivas de forma um tanto quanto elástica de sorte a amenizar o rigor sistemático do *ZPO*.²³⁴

Michele Taruffo ressalta que, no campo das obrigações de fazer, a nítida distinção teórica entre obrigações fungíveis e infungíveis não se faz tão evidente na prática, o que permite a jurisprudência efetuar uma utilização mais flexível das técnicas executivas. Além disso, no âmbito de obrigações complexas, nas quais se

²³² GRUNSKY, Wolfgang. *Interventi e comunicazioni*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 385.

²³³ Essa é, em poucas palavras, a crítica de Grusnky dirigida ao ordenamento italiano: “Trovo, quindi, contraddittoria la vicenda dell’ordinamento italiano che, per un verso, amplia l’orizzonte delle fattispecie a contenuto personale, per altro verso, rifiuta l’idea di un’esecuzione forzata attraverso misure coercitive.” (GRUNSKY, Id.).

²³⁴ TARUFFO, op. cit., p. 81-82.

incorporam prestações de fazer fungíveis e infungíveis, a utilização da execução específica do § 887 e da execução indireta do § 888, redundam no comprometimento da rigidez tipológica que está na base do sistema.²³⁵

De outra banda, é de se notar que a exaustão sistemática da tipologia das obrigações e da correlata tipologia dos instrumentos executivos resultou na inibição da discricionariedade das partes e do juiz na escolha dos instrumentos executivos em cada caso concreto.²³⁶

Ao se fazer menção ao rigor da sistemática correlação entre as espécies de obrigações com determinados meios executivos, não há como deixar de reconhecer a falta de plasticidade do sistema executivo e a conseqüente dificuldade de adaptação dos meios executivos às necessidades específicas que demandam proteção jurisdicional, haja vista, sobretudo, a impossibilidade de que a adoção do meio executivo idôneo seja realizada à luz das vicissitudes do concreto.²³⁷

O reflexo de tal falta de maleabilidade do sistema pode ser compreendido por intermédio da observação de Michele Taruffo segundo a qual a utilização do § 888 da *ZPO* parece “insuficientemente pouco idôneo (...) para fornecer instrumentos coercitivos aplicáveis às prestações complexas e diversificadas nas quais se manifestam muitos dos, por assim dizer, «novos direitos».”²³⁸

Parecem, portanto, dentro do domínio ora examinado, ser estas as maiores debilidades do sistema processual germânico: o excessivo rigor sistemático ocasionado pela tipicidade estrita dos meios executivos restringe demasiadamente os poderes

²³⁵ TARUFFO, op. cit., p. 78-79.

²³⁶ “...la chiarezza si traduce in scarsa elasticità del sistema delle tutele esecutive. Essendo chiare e rigorose le scelte del legislatore, queste lasciano ben pochi spazi all’attività creativa delle corti, il che rende assai difficile l’adattamento della tutela esecutiva ai bisogni specifici che emergono nelle situazioni concrete.” (TARUFFO, op. cit., p. 90).

²³⁷ Consoante explica Michele Taruffo, trata-se “di un sistema che attribuisce una tutela esecutiva forte alle situazioni giuridiche che presentavano i caratteri definiti *a priori* dalla legge, questa tutela è però rigorosamente tipizzata (dove l’impossibilità di adottare di volta in volta il rimedio più efficace nel caso concreto), ed opera nelle situazioni nuove, o che comunque non rientrino chiaramente nell’una o nell’altra categoria. (TARUFFO, op. cit., p. 86).

²³⁸ TARUFFO, op. cit., p. 82.

criativos do juiz, impedindo o manejo da técnica processual à luz das necessidades do caso concreto.

5.2.4 Setor de Aplicação da Execução Coercitiva

Conforme adiantado, a técnica de execução indireta encontra campo de aplicação restrito às obrigações de fazer fungível e não fazer.²³⁹

O primeiro setor de cabimento da aplicação das técnicas de execução indireta a ser tratado diz respeito às obrigações de fazer infungíveis (*unvertretbare Handlungen*), isto é, aquelas que não podem ser realizadas por terceiro já que dependem exclusivamente da vontade do devedor.

Conforme explica James Goldschmidt, na execução de obrigações de fazer deve-se distinguir entre a obrigação fungível e aquela infungível. A execução das obrigações de fazer fungíveis dá lugar a um procedimento executivo de caráter subrogatório (§887, do ZPO).²⁴⁰ Assim, conforme explica Beate Rudolf, o credor pode incumbir um terceiro de executar o ato devido, devendo ser reembolsado pelo devedor (§ 887, ZPO).²⁴¹

Por sua vez, quanto se tratar de “*de un acto que no pueda ser ejecutado por un tercero (acto no fungible)*”, segundo Goldschmidt, “*a instancia del acreedor, se conmina al deudor a la realización del acto por el Tribunal de la causa de primeira instancia, so pena de multa o prisión (§ 888, I).*”²⁴².

²³⁹ CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1993, p.76.

²⁴⁰ Conforme Goldschmidt: “En estos casos la Ley dispone que se faculte al acreedor que aleque el incumplimiento, y, a petición suya, por el Tribunal de la causa de primeira instancia, para encargar la realización del acto a costa del deudor (§ 887, I: ejecución supletoria del acto), a menso que él mismo pueda realizarlo, como ocurre según los §§792 y 896; en 264 BGB., y en el 735 II, C.M.” (GOLDSCHMIDT, p. 736). Nesse mesmo sentido: ROSENBERG, op. cit., p. 244.

²⁴¹ RUDOLF, Beate. The enforcement of judgments against public authorities in the Federal Republic of Germany. **European Public Law**, v. 7, n. 2, jun. 2001, p. 271.

²⁴² GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de: Leonardo Prieto Castro. Madri: Labor, 1936, p. 737.

Veja-se a redação do art. 888 do Código de Processo Civil alemão²⁴³:

§ 888. Se um ato não pode ser realizado por terceiro e depende exclusivamente da vontade do devedor, deve o tribunal de primeira instância, a pedido do credor, declarar que o devedor é obrigado ao cumprimento do ato sob a ameaça de pagamento de uma soma de dinheiro (*Zwangsgeld*) e, para o caso de esta não poder ser cobrada, de prisão coercitiva (*Zwangshaft*) ou a ameaça de prisão coercitiva. A singular sanção pecuniária não pode ultrapassar o montante de 50 mil marcos. À prisão aplicam-se as disposições contidas no quarto título sobre prisão (*Haft*).

Esta disposição não se aplica no caso de condenação a contrair matrimônio, no caso de condenação a estabelecer vida conjugal e no caso de condenação a prestar serviços resultantes de um contrato de serviço.

Tal dispositivo prevê que, inadimplida a obrigação consistente numa prestação de fazer infungível, a decisão que determinar o cumprimento será acompanhada de multa coercitiva ou, caso esta não possa vir a ser cobrada, acompanhada da ameaça de prisão coercitiva.

É o que resulta expresso na explicação de Beate Rudolf: *“If the action due can only be carried out by the debtor, the judgment is enforced through the imposition of a coercive payment (Zwangsgeld, § 888 ZPO) up to DM50,000 (approximately 25,565), or as a last resort, of coercive detention (Zwangshaft).”*²⁴⁴

É perceptível, dessa maneira, que o § 888 do ZPO afasta de seu campo de incidência as obrigações que podem ser tuteladas através da execução forçada (vale dizer, as obrigações fungíveis), além das obrigações de contrair matrimônio, de reatar

²⁴³ “§ 888 ZPO - Nicht vertretbare Handlungen

(1) Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von fünfundzwanzigtausend Euro nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Vierten Abschnitts über die Haft entsprechend.

(2) Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt.

(3) Diese Vorschrift kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.”

²⁴⁴ RUDOLF, The enforcement of judgments against public authorities in the Federal Republic of Germany, p. 272.

a vida conjugal ou de prestar tarefas infungíveis derivadas de contrato de trabalho, as quais ficam excluídas do âmbito de incidência das medidas coercitivas (§ 888, 2).

A par dessas hipóteses de exclusão legalmente previstas, Sergio Chiarloni chama a atenção para uma tendência doutrinária e jurisprudencial cada vez mais difundida de não se aceitar a aplicação do § 888 do ZPO quando estiverem envolvidas obrigações de fazer de ordem artística ou científica.²⁴⁵

Já em relação às obrigações de não fazer, segundo setor de aplicação dos meios de execução indireta, assim dispõe o *Zivilprozessordnung*:

§ 890. Se o devedor não cumpre a obrigação de abster-se ou tolerar um ato, será, a pedido do credor, por cada singular contravenção, condenado pelo tribunal de primeira instância, ou a uma sanção pecuniária (*Ordnungsgeld*) e, para o caso de esta não poder ser cobrada, a uma prisão coercitiva (*Ordnungshaft*), ou a uma prisão coercitiva (*Ordnungshaft*) até seis meses. A singular sanção pecuniária pode ir até 500 mil marcos e a prisão não pode ultrapassar dois anos na totalidade²⁴⁶

O § 890 do ZPO aplica a mesma técnica de execução indireta antes tratada às obrigações de não fazer, em particular, às obrigações de abstenção e de tolerar que determinada atividade seja praticada. Desse modo, tanto a multa pecuniária (*Zwangsgeld*) quanto a prisão coercitiva do devedor (*Zwangsmittel*) podem ser manejados para promover a atuação executiva das obrigações de não fazer.

²⁴⁵ CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980, p. 96.

²⁴⁶ “§ 890 ZPO - Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen

(1) Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen.

Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von zweihundertfünfzigtausend Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen.

(2) Der Verurteilung muß eine entsprechende Androhung vorausgehen, die, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges erlassen wird.

(3) Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.”

As questões aqui tratadas podem, em última análise, ser condensadas por intermédio das palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, no sentido de que os §§ 888 e 890 do ZPO “estabelecem, para as obrigações de facto positivo infungível e para as obrigações de prestação de facto negativo, que o tribunal deve declarar, a requerimento do credor, estar o devedor obrigado ao cumprimento do acto ou à omissão sob a ameaça de uma sanção pecuniária (*Zwangsgeld; Ordnungsgeld*) ou sob a ameaça de prisão (*Zwangshaft; Ordnungshaft*)”.²⁴⁷

5.2.5 Breve Análise da Multa

A medida de coerção patrimonial prevista nos §§ 888 e 890 do ZPO (respectivamente, *Zwangsgeld* e *Ordnungsgeld*) consiste em uma multa coercitiva por tempo de descumprimento da decisão. O escopo da multa coercitiva é influir sobre a vontade do devedor induzindo-o a adimplir, mediante a ameaça de sanção.²⁴⁸

Dois aspectos evidenciam a função precipuamente compulsória da multa. De um lado, o fato de seu produto ter como beneficiário exclusivamente o Estado²⁴⁹ afasta qualquer propósito ressarcitório. Ao contrário das *astreintes* francesas, não há no sistema germânico a possibilidade de que a parte se favoreça com o crédito gerado pela fluência da *Zwangsgeld*.

De outra banda, o carácter compulsório da *Zwangsgeld* é evidenciado na medida em que “sua incidência ou duração temporal está estritamente vinculada ao inadimplemento.”²⁵⁰ Nesses termos leciona Beate Rudolf: “Mediante a requisição do

²⁴⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 186. Nesse mesmo sentido: “Gli obblighi di fare infungibili (*unvertretbar*) (§ 888) e gli obblighi di non fare o di cessare (§ 890) sono coerciti nell’esecuzione da pene pecuniare (*Zwangsgeld*) o dal’arresto (*Zwangshaft*).” (FRIGNANI, *Il mondo dell’astreinte...*, p. 368).

²⁴⁸ GRUNSKY, Wolfgang. Interventi e comunicazioni. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 383.

²⁴⁹ GOLDSCHMIDT, **Derecho procesal civil**, p 737.

²⁵⁰ Arrematando suas idéias, Marcelo Lima Guerra explana: “Essa duração tende a ser, por um lado, ilimitada enquanto perdurar o inadimplemento e, por outro, não pode ser mais aplicada se o devedor cumprir ou tornar-se praticamente impossível o cumprimento. Tal estrutura lógica,

credor, a Corte fixa a multa coercitiva, que incide se o devedor não age dentro do prazo determinado.”²⁵¹

Esse raciocínio é integralmente aplicável à prisão coercitiva: não há como pretender dar vazão à incidência da medida coercitiva se o devedor realiza o ato determinado pela decisão judicial. A incidência da multa é, portanto, condicionada ao inadimplemento.²⁵²

A esse respeito, merece referência a explicação de Wolfgang Grunski:

Caso o devedor, espontaneamente, esteja disposto a cumprir a sanção a ele imposta pelo tribunal, então exaurem-se aí os poderes de coerção atinentes ao órgão jurisdicional. Ao credor caberá somente a possibilidade de exigência de perdas e danos (§ 893 da ZPO). O objetivo do meio coercitivo é forçar o devedor a cumprir sua obrigação, portanto, não poderá mais ser empregado (o meio coercitivo), caso o devedor venha a cumprir a obrigação durante o andamento do processo.²⁵³

Sob esse mesmo ângulo, desenvolve-se o raciocínio da Beate Rudolf:

*In contrast to the penalty payment, the coercive payment is not a sanction imposed for the culpable violation of an obligation, but means of coercion. It aims at breaking the debtor's resistance to taking the action required. Consequently, the obligation to pay ceases to exist once the debtor has taken the required action, even after the end of the deadline.*²⁵⁴

Dessas considerações, revela-se notória a natureza jurídica da multa coercitiva (*Zwangsgeld*): trata-se, em essência, de um meio executivo caracterizador da execução indireta uma vez que sua função específica é assegurar o cumprimento das decisões judiciais.²⁵⁵

característica das medidas coercitivas, está em flagrante desacordo com aquela das medidas punitivas, já que nessas últimas a aplicação da pena é predeterminada e, por isso, independente (não vinculada) do fato ilícito punido cessar ou não.” (GUERRA, op. cit., p 143).

²⁵¹ “Upon request of the creditor, the court fixes the coercive payment, which becomes payable if the debtor does not act within a certain time period.” (RUDOLF, The enforcement of judgments, p. 272).

²⁵² GOLDSCHIMDT, op. cit., p. 737.

²⁵³ GRUNSKY apud GUERRA, **Execução indireta**, p. 143-144, nota 196.

²⁵⁴ RUDOLF, The enforcement of judgments, p. 272.

²⁵⁵ Imprimindo maior solidez à argumentação, Leo Rosenberg leciona que na execução indireta “se utilizarán amenazas e irrigación de perjuicios al deudor para lograr la prestación debida

Conforme assinalado anteriormente, os §§ 888 e 890 do *ZPO* dão claramente conta de que o setor de aplicação da multa coercitiva alemã restringe-se às obrigações de fazer infungíveis e obrigações de não fazer (estas últimas naturalmente infungíveis). No entanto, a *Zwangsstrafen* tem seu campo privilegiado de aplicação na tutela da posse, da propriedade e de outros direitos reais, não sendo comumente empregado na tutela do consumidor, do ambiente e dos direitos fundamentais em geral.²⁵⁶

Além disso, insta observar que, conquanto tais dispositivos concebam dois meios executivos distintos (multa e prisão coercitiva) com finalidades idênticas (induzir ao cumprimento da decisão judicial), a fórmula inserida no *ZPO* indica a preferência do legislador alemão pela aplicação da *Zwangsgeld* em relação à prisão coercitiva.

De fato, o Código Processual Civil alemão é inequívoco no sentido de que a prisão coercitiva só será cabível nas hipóteses em que a multa não puder vir a ser cobrada. Beate Rudolf apregoa que a “*coercive detention (Zwangshaft)*” deve ser empregada apenas como o último recurso.²⁵⁷ De tal sorte, cabe ao juiz aplicar precipuamente a sanção pecuniária, “deixando para impor a prisão quando não é possível o uso da primeira ou quando ela não surte efeitos.”²⁵⁸

É interessante ainda realçar que a prioridade legal dada à execução mediante imposição multa em relação àquela que é acompanhada de ordem de prisão não é fundada no critério de maior ou menor sacrifício do devedor, mas sim na aptidão do

(así, la ejecución forzosa para la realización de actos o para omitirlo o sopórtalos mediante conminación de multa y prisión)”. No tocante à execução direta, esse autor explica que por mio dessa “se logrará el resultado debido directamente por la actividade del órgano ejecutivo y sin participación del deudor (aí, en la actualidad, la ejecución forzosa por créditos en metálico o para lograr la entrega de coisa)”. (ROSENBERG, **Tratado de derecho procesal civil**, p.15).

A esse respeito, Mandrioli explica que: “Si trata di pene il cui carattere è ritenuto puramente coercitivo e per ciò non penale in senso proprio con la conseguenza che, nell’applicarle, si prescinde dalla colpa e che non sono disposte d’ufficio...” (MANDRIOLI, **L’esecuzione forzata in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 105).

²⁵⁶ TARUFFO, *Attuazione*, p. 85.

²⁵⁷ RUDOLF, *The enforcement of judgments*, p. 271-272.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

meio executivo para induzir ao cumprimento da decisão. Assim, a eleição da multa ou da prisão encontra orientação exclusivamente no critério de idoneidade para conduzir à observância da ordem judicial.²⁵⁹

Conforme explica Sergio Chiarloni, não há nada de extraordinário no fato de o sistema alemão prever medidas de execução indireta que impliquem na privação da liberdade. Isso porque o legislador alemão, em absoluto contraste com o francês, não se opõe a que o devedor seja “*contraint dans as personne à faire ou à ne pas faire une chose.*” O legislador alemão, por conseguinte, não se preocupa minimamente - ao contrário do que se sucedeu com os fundadores do Código de Napoleão - que se opere “*une violence qui ne peut pas être un mode d’exécution de contrats.*”²⁶⁰

Outro aspecto merecedor de realce em relação à *Zwangsgeld* diz respeito ao fato de que o produto obtido com incidência da sanção pecuniária se reverte exclusivamente para o Estado.²⁶¹ Isso é adequadamente justificado pelo caráter proeminentemente público da multa alemã, a ver:

Na realidade, a regra de que as quantias apuradas com o pagamento da *Zwangsgeld* sejam revertidas em favor do Estado, nada mais faz que ressaltar, com maior coincidência possível, o unanimemente reconhecido caráter público do interesse público protegido com as medidas coercitivas, a saber: a proteção à dignidade da justiça e à sua correlata e efetiva administração.²⁶²

Devido a isso, Sergio Chiarloni chega a afirmar que a *colorazione pubblicistica* da multa coercitiva alemã faz com que ela se situe muito próxima das sanções pecuniárias penais²⁶³.

É de frisar, no entanto, que a maioria dos autores não levanta maiores questionamentos sobre natureza essencialmente compulsória - e, portanto, não penal -

²⁵⁹ É de se frisar, no entanto, consoante notícia Wolfgang Grusky que, a despeito da previsão de prisão coercitiva no sistema germânico, este mecanismo não tem encontrado aplicação prática. (GRUNSKY, op. cit., p. 383).

²⁶⁰ CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, p. 90-91.

²⁶¹ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 737.

²⁶² GUERRA, op. cit., p. 145.

²⁶³ CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, p. 90.

da multa coercitiva. Doutrinadores alemães, como James Goldschmidt, há muito afirmam que “*las medidas del § 890 son medios de coerción*” e, portanto, não se pode ter dúvidas de seu caráter não-penal.²⁶⁴

O fato de o produto da multa redundar em benefício do Estado não é suficiente para conduzir à conclusão de que a natureza jurídica da sanção seja penal. É o que se infere da irrepreensível lição desenvolvida por Marcelo Lima Guerra:

Com efeito, o que se conferiria o caráter penal a uma multa pecuniária não é, ou pelo menos não exclusivamente, o fato de ela ser recolhida pelo Estado. É na verdade, a sua finalidade precípua de impor a punição à prática de um determinado ato ou omissão. Na pena pecuniária do direito alemão isso não ocorre, pois, como já se viu, tanto deve deixar de incidir quando o devedor resolver cumprir a obrigação, como não pode nem ser aplicada concretamente quando a prestação devida se torna impossível, a qualquer título, de ser cumprida.²⁶⁵

Semelhante entendimento é referendado por Calvão da Silva que, referindo-se à nova redação do § 888 dada pela lei de 2 de março de 1974, entende que a nova terminologia empregada certificou a natureza coercitiva da sanção pecuniária e da prisão já que estes são “destinados a subjugar e vergar a vontade do devedor (*Zwangsmittel, Beugmittel*), não sendo sustentável a sua natureza penal (*Kriminalstrafe*).”²⁶⁶

Note-se que, mesmo no tocante à prisão, ainda que se trate de uma medida coercitiva que acarreta a privação da liberdade do devedor, “*no si trata però de misure penali per la commissione di un reato, bensì di misure coercitive, aventi lo scopo di indurre il renitente ad eseguire l’obbligo cui è tenuto.*”²⁶⁷

Portanto, resta demonstrado, concomitantemente, o caráter exclusivamente coercitivo e não penal da *Zwangsgeld*.²⁶⁸

²⁶⁴ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 739.

²⁶⁵ GUERRA, op. cit., p. 145.

²⁶⁶ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 382.

²⁶⁷ FRIGNANI, op. cit., p. 368.

²⁶⁸ Para uma análise dessa questão, ver as conclusões obtidas por Marcelo Lima Guerra: GUERRA, op. cit., p. 142-147.

No que tange ao procedimento de aplicação da medida coercitiva, duas funções de relevo são reservadas ao órgão jurisdicional: a eleição do meio executivo mais apropriado ao caso concreto (multa periódica ou prisão coercitiva) e sua dosagem (alcance e duração).²⁶⁹

Paradoxalmente, este sistema que revela nítido caráter público na medida em que o produto da multa é revertido integralmente para o Estado e que confere ao juiz o dever de dosar o meio executivo em função das peculiaridades do caso concreto, não outorga ao órgão jurisdicional poderes para impô-la de ofício, estando sempre a depender de requerimento específico do credor.²⁷⁰

Afora isso, e não menos paradoxal, a própria a execução do produto da multa (pertencente ao Estado) é circunscrita à iniciativa do credor. É o que se infere das lições de Goldschmidt: “*La ejecución de ambas as medidas, incluso la multa destinada al Estado, se lleva a cabo a impulso del acreedor ejecutante*”.²⁷¹

Reside nesse aspecto, uma aparente falta de coerência do sistema: se, de um lado, a reversão do resultado da multa para o Estado demonstra que o interesse primário tutelado pela sanção pecuniária é, com efeito, a proteção da dignidade da Poder Judiciário (acentuando, portanto, o caráter público da multa); de outro lado, a impossibilidade de que a multa seja cominada *ex officio* faz como que o interesse no cumprimento da decisão judicial seja mantido exclusivamente no âmbito de interesse do credor.

Por derradeiro, há que se perceber que o valor da multa encontra limites máximos no Código de Processo Civil (§§ 888 e 889, *ZPO*), não cabendo ao juiz ultrapassá-los.

²⁶⁹ GUERRA, op. cit., p. 147.

²⁷⁰ Grusky explica que “l’applicazione delle misure coercitive è subordinata all’iniziativa di parte (...)”. (GRUNSKY, op. cit., p. 385). Escrevendo sobre a multa, Mandrioli explica que: “Si trata di pene il cui carattere è ritenuto puramente coercitivo e per ciò non penale in senso proprio con la conseguenza che, nell’applicarle, si prescinde dalla colpa e che non sono disposte d’ufficio, ma a iniziativa di parte mentre sono ammissibili anche contro persone giuridiche.” (MANDRIOLI, **L’esecuzione forzata in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 105).

²⁷¹ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 737.

5.2.6. O Necessário Confronto entre a *Zwangsgeld* e as *Astreintes*

Depois de alinhavadas essas idéias, o último tema merecedor de atenção consiste num breve exame comparativo entre a *Zwangsgeld* e as *astreintes*.

Desde logo, como primeira das linhas distintivas, é de se destacar que o âmbito de incidência da multa francesa é visivelmente mais amplo do que a multa coercitiva prevista no sistema alemão. Enquanto a multa francesa é um meio executivo de aplicação de caráter genérico²⁷², a *Zwangsgeld*, por sua vez, tem um escopo operativo preciso: destina-se a tutela das obrigações de fato positivo infungível ou de fato negativo. Nesse sentido, Aldo Frignani assinala que a multa alemã “è *limitata agli obblighi di fare infungibili (il § 888 non ha la capacità espansiva) ed agli obblighi di non facere (il § 890 si applica all proprietà, possesso, diritti reali, nome e privative industriali; concorrenza sleale)*.”²⁷³

Portanto, as *astreintes* têm caráter geral; em contraposição, a multa germânica, adstringindo-se aos limites arquitetados pelo legislador do *ZPO*, opera especificamente no campo das obrigações de fazer infungíveis.

Por sua vez, do ponto de vista dos meios de execução indireta, o sistema processual alemão é mais amplo porquanto concebe, além da multa periódica, a possibilidade de recurso à sanção privativa da liberdade (*Zwangshaft; Ordnungshaft*).

Ainda no plano das diferenças sistemáticas, o sistema alemão detém caráter público quanto ao beneficiário da sanção, na medida em que o produto da sua aplicação reverte integralmente para o Estado²⁷⁴, ao passo que no sistema francês o resultado obtido favorece a parte autora.

²⁷² “Rilevanti differenze con le sanzioni pecuniarie tedesche consistono nel fatto che l’*astreinte* ha assunto il carattere di misura coercitiva generale e che essa viene versata alla controparte, e non al Stato.” (CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 80).

²⁷³ FRIGNANI, Il mondo dell’*astreinte*: sviluppi recenti e prospettive, p. 368.

²⁷⁴ Assim expõe Aldo Frignani: “Le principali differenze rispetto all’*astreinte* francese sono che lo *Zwangsgeld* va allo Stato (e non alla parte richiedente)...” (FRIGNANI, op. cit., p. 368).

As primeiras são revertidas ao Estado²⁷⁵ enquanto o crédito gerado pelas *astreintes* é destinado ao credor²⁷⁶.

Por seu turno, o modelo alemão difere do francês quanto à iniciativa de aplicação da sanção. No sistema germânico, a imposição da multa periódica depende do requerimento do credor, ao passo que no sistema francês pode ser feita oficiosamente.

Essas são, portanto, em linhas bastante gerais, as diferenças primordiais entre a multa periódica presente no sistema germânico (*Zwangsgeld*) e a *astreinte* francesa.

5.3 CONTEMPT OF COURT

5.3.1 Introdução

O direito anglo-americano é marcado pela existência de uma técnica de execução indireta bastante peculiar. Dentro desse sistema o *contempt of court*, sobretudo quando funciona como meio executivo, é o primordial meio de efetivação das decisões judiciais.

Em verdade, o instituto do *contempt of court* é um dos mais singulares do direito anglo-americano²⁷⁷ e também um dos mais profundamente arraigados na consciência jurídica, conectando-se com a própria constituição do Poder Judiciário enquanto parcela do poder estatal.²⁷⁸ Não é por outra razão que, no clássico ensaio

²⁷⁵ Cf.: CHIARLONI, op. cit., p. 90.

²⁷⁶ A atribuição do crédito das *astreintes* ao credor, como visto no item 6.1, remonta a origem indenizatória do mecanismo.

²⁷⁷ Consoante explica Merryman, a tradição jurídica romano-germânica “non conosce alcun contempt power; si ignora un potere generale di rivolgere ordini a determinate persone e di punirle in caso di inosservanza.” (MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di civil law nell’analisi di un giurista di common law**. Trad. de: Anna de Vita. Milano: Giuffrè, 1973, p. 82).

²⁷⁸ Conserva-se a idéia de que o poder das Cortes de preservar a sua autoridade e garantir a correta e eficaz prestação da tutela jurisdicional vincula-se à própria idéia de jurisdição na tradição anglo-americana. Nessa linha, Dobbyn afirma que: “In a practical sense, the concept of contempt power goes hand in hand with that of jurisdiction.” (DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001, p. 216). Nessa mesma linha de compreensão: “Contempt in the common law

“*Legal techniques and political ideologies*”, Alexander Pekelis chega ao ponto de afirmar que, na tradição da *common law*, o *contempt of court* é o mais importante instituto para o funcionamento do sistema jurídico.²⁷⁹

Trata-se, com efeito, de uma das mais típicas e fecundas criações da tradição jurídica anglo-americano, baseado no conceito de justiça e de respeitosa submissão à autoridade jurisdicional.

O *contempt of court* é sustentado por uma multissecular teoria segundo a qual as Cortes, em razão da autoridade que lhes é historicamente conferida,²⁸⁰ e do dever de administração da justiça que lhes é atribuído²⁸¹, são credoras de obediência e deferência; se tal não se alcança de maneira espontânea, os juízes e tribunais têm o poder inerente de impor a observância de seus pronunciamentos, valendo-se, para tanto, de meios executivos coercitivos ou de medidas punitivas, conforme se tratar de concretizar suas ordens ou de reivindicar sua autoridade institucional.

Em uma de suas vertentes, o *contempt of court* designa um ilícito (*criminal contempt*), tipicamente processual, praticado por quem, de alguma forma, desrespeita a

tradition comprises a body of legal rules and procedures which seek to protect the authority of particular institutions. The most important species is contempt of court, which is designed to protect the administration of justice by the courts.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. *Contempt: The law Reform Comission: Report 35*. Canberra: Australian Government Publication Service, 1987, p. 16).

²⁷⁹ O ensaio foi publicado simultaneamente na Revista Jurídica da Universidade de Michigan e na Revista Jurídica Argentina La Ley. Seguem as duas referências: PEKELIS, Alexander H. *Legal techniques and political ideologies: a comparative study*. *Michigan Law Review*, v. 41, 1943; PEKELIS, Alejandro H. *Técnicas jurídicas e ideologias políticas*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 29, 1943.

²⁸⁰ Como explica Vincenzo Varano, a função de administração da justiça sempre esteve conectada à própria autoridade da Coroa. (VARANO, Vincenzo. *Contempt of court*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989, p. 387). Nesse mesmo sentido anota Pekelis: “La idea anglo americana de responsabilidad por desacato significa, en verdad, que la parte que no obra de acuerdo con ciertos decretos específicos emanados de un cuerpo judicial es una persona contumaz y puede, con regla, hallarse sujeta a una sanción por desacato al tribunal [*contempt of court*] en razón del poder del rey, para así decir, y, en consecuencia, ser multada y encarcelada.” (PEKELIS, Alejandro H. *Técnicas jurídicas e ideologias políticas*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 29, 1943, p. 838).

²⁸¹ “The exercise of the power of contempt is indispensable to the administration of justice, maintaining the rule of law, and preserving our republican form of government.” (WARREN, Michael. *Contempt of court & broken windows: why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican self-government*. *The Journal of the Federalist Society’s Practice Groups*, v. 7, 2006, p. 46).

autoridade da Corte (seja porque desobedece a uma ordem judicial ou porque comete ato desrespeitoso diante da Corte), dando ensejo à aplicação de sanções punitivas.

Ao lado dessa primeira espécie de *contempt of court*, de feição claramente punitiva, existe aquele empregado para induzir ao cumprimento dos pronunciamentos judiciais (*civil contempt*). Essa segunda forma de *contempt of court* configura uma profícua técnica de execução indireta uma vez que permite ao órgão jurisdicional, por intermédio de meios executivos de coerção (multa, prisão coercitiva ou seqüestro coercitivo de bens), promover a execução na forma específica.

Antes, porém, de passar adiante, há que se fazer alguns esclarecimentos de cunho estritamente metodológico a fim de deixar claro que a investigação que ora se propõe não tem a pretensão de exaurir o tema uma vez que, além da complexa disciplina do instituto do *contempt of court*, são variadíssimas as suas potenciais manifestações e aplicações. Objetiva-se aqui exclusivamente compreender o instituto do *contempt of court* como técnica de execução indireta característica do sistema anglo-americano, abandonando-se desde logo o exame da vertente criminal do *contempt of court*, visto que isso foge aos propósitos desse estudo.

A opção metodológica encontra justificativa no fato de que a complexidade do instituto do *contempt of court* não permite identificá-lo unicamente como um instrumento correlacionado às técnicas de execução indireta; há, para além disso, um vasto terreno em que se utiliza o *contempt of court* e que de forma alguma se restringe aos mecanismos voltados para induzir ao cumprimento das decisões judiciais.²⁸²

²⁸² “Como se vê, há uma grande variedade de condutas que podem ser qualificadas como *contempt*. De fato tem sido punidas como *contempt of court* condutas das mais diversas, seja das partes, seja de advogados, testemunhas, jurados e até meros espectadores de uma audiência. Entre os múltiplos exemplos de condutas que podem constituir *contempt of court* é comum apontarem-se as seguintes: tentar agredir fisicamente um juiz, um advogado ou outra parte no processo, interromper continuamente o curso da audiência, ameaçar testemunhas, juízes ou oficiais de justiça, alterar documentos, recusar-se a testemunhar, não cumprir ordens judiciais e até mesmo algumas condutas que causam certo espanto serem equiparadas a essas acima indicadas, como chegar atrasado ou faltar à audiência ou trajar-se com determinado tipo de roupa. De qualquer maneira, percebe-se que o *contempt of court* é um instituto bastante complexo, cuja função não está limitada à garantia da execução específica: dele se valem os tribunais anglo-americanos para, de um modo

5.3.2 Conceito

Na clássica definição de Edward Dangel, o *contempt of court* é compreendido como sendo o “menosprezo à autoridade da Corte; a ofensa contra um tribunal ou contra uma pessoa para quem foram delegadas as funções de soberania; é uma desobediência ao tribunal; a oposição ou desprezo a sua autoridade, sua dignidade ou a sua justiça.”²⁸³

De acordo com o Black’s Law Dictionary, o *contempt of court* deve ser compreendido como qualquer ato “que é calculado para embaraçar, impedir ou obstruir a administração de justiça pelas Cortes, ou que é calculada para depreciar sua autoridade ou sua dignidade. Cometido por uma pessoa que age em intencional violação da autoridade ou dignidade da Corte, ou tendendo a impedir ou frustrar a administração de justiça, ou, por alguém que, estando perante a autoridade da Corte como parte em seus procedimentos, propositalmente desobedece às ordens legítimas ou deixa de cumprir com algum compromisso assumido judicialmente”.²⁸⁴

Para Marcelo Lima Guerra, o *contempt of court* “significa, literalmente desprezo à corte, ou ainda desacato ao tribunal, conduta que constitui ofensa oponível de diversas maneiras.”²⁸⁵

geral, preservar a sua autoridade e garantir a correta e eficaz prestação da tutela jurisdicional.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 73).

²⁸³ DANGEL, Edward W., **National Lawyers Manual co.**, Boston: Massachusets, 1939 *apud* PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954, p. 22-23.

²⁸⁴ BLACK, Henry Campbell M. A. **Black’s Law Dictionary**. 6. ed St. Paul: West Publishing, 1990, p. 319. Conforme o original: “Any act which is calculated to embarrass, hinder, or obstruct court in administration of justice, or which is calculated to lessen its authority or its dignity. Committed by a person who does any act in willful contravention of its authority or dignity, or tending to impede or frustrate the administration of justice, or by one who, being under the court’s authority as a party to a proceeding therein, willfully disobeys its lawful orders or fails to comply with an undertaking which he has given.”

²⁸⁵ GUERRA, **Execução indireta**, p. 72.

Não destoando dos conceitos doutrinários supramencionados, no caso *In re Contempt of Robertson*, por exemplo, ficou estatuído que “o *contempt of court* é um ato intencional, uma omissão ou uma declaração que tendente a enfraquecer a autoridade ou impedir o desenvolvimento da função de uma Corte.”²⁸⁶

De um modo geral, é possível concluir que o *contempt of court* consiste numa reação em face de atos considerados como desrespeitosos à Corte e à administração da justiça, podendo compreender: (i) a afronta à autoridade do Estado e suas determinações, (ii) abrange ainda uma série de atos ofensivos realizados em face da Corte ou de seus servidores; (iii) alcança qualquer desafio deliberado à autoridade do juízo, seja pela desconsideração de suas ordens, interrupção de seus procedimentos, impedimento ou obstrução do devido curso do processo, ou, por fim, (iv) qualquer comportamento tendente a impedir o órgão jurisdicional de outorgar tutela jurisdicional adequada (*judge's ability to administer justice*).

5.3.3 Breve Nota Histórica

O *contempt of court* - que, em termos gerais, como se viu, consiste em todo comportamento idôneo a perturbar o curso da administração da justiça - é um dos institutos mais típicos e antigos da *common law*, tendo sido primitivamente vinculado à autoridade do rei²⁸⁷, em nome de quem era administrada a justiça.

A expressão *contemptus curiae* é reconhecida no direito inglês desde o século XII, referindo-se aos meios tendentes a impedir a desobediência ao rei e a seus tribunais e oficiais, preservar a dignidade e a eficiência da justiça e prevenir quaisquer atos de obstrução aos seus mandamentos.

²⁸⁶ "Contempt of court is a wilful act, omission, or statement that tends to impair the authority or impede the functioning of a court." (*In re Contempt of Robertson (Davilla v Fischer Corp)*, 209 Mich App 433, 436, 1995).

²⁸⁷ "From the most ancient times any insult to the king or his government was punishable as contempt." (BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. **Harvard Law Review**, v. 21, p. 1908, p. 161).

O conceito de *contempt of court* surge, pois, como um meio de assegurar a autoridade e dignidade do soberano, tendo por fundamento o caráter divino de seu poder. Como aponta Joseph Beale Jr., desde os tempos mais remotos, “*a refusal to obey an order of the king or of his officer, formally and expressly directed so a subject has been regarded as a contempt.*”²⁸⁸

Era por meio do *contempt of court* que o rei assegurava a sua autoridade, impunha suas normas de modo uniforme para todo o reino e promovia o reconhecimento, por parte de seus súditos, do sistema judicial régio.

Vale a pena lembrar que a conquista normanda em 1066 marca não só o fim do período anglo-saxão, mas os primórdios do *common law*. Ao tomarem a Inglaterra, os normandos assumiram um território já acostumado a uma rígida estrutura administrativa.

A divindade real, que já era uma concepção reconhecida entre os vários povos anglo-saxões, foi consolidada pelos normandos. Nesse contexto histórico, o rei era tido como o escolhido de Deus e incumbido de governar e garantir a paz do reino, defendendo a autoridade da lei instituída divinamente. O rei era a própria personificação da lei, de quem emanavam todas as regras e a partir de quem toda a força necessária deveria ser empregada para fazê-las válidas e obedecidas, a qualquer preço e em qualquer conjuntura.

Um ato de desprezo ou descaso à administração da justiça era recebido como um ato de desprezo e descaso pessoal com a figura do monarca. Portanto, a origem do conceito de *contempt* encontra fundamento na noção medieval segundo a qual o monarca era apontado e justificado pelo poder de Deus. Assim, qualquer resistência ou afronta à autoridade do monarca deveria induzir à eterna condenação e retaliação. Esta

²⁸⁸ BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. **Harvard Law Review**, v. 21, p. 1908, p. 164.

retaliação foi vista essencialmente como uma reação pessoal porque era a pessoa do rei, e não a monarquia, que havia sido ofendida.²⁸⁹

Segundo Vincenzo Varano, quando se afirma a jurisdição de *equity* - que nasce como uma justiça baseada na consciência do soberano e que permanece assim até que passa a ser administrada pelo chanceler -, o *contempt of court* torna-se a medida coercitiva mais típica e mais lógica para obter a execução dos provimentos do juiz que incidem sobre a pessoa (*equity acts in personam*).²⁹⁰

Assim, atribui-se a origem do *contempt of court* à tramitação dos feitos perante os tribunais de *equity*, presididos em sua origem e durante vários séculos pelo confessor do rei ou por um alto clérigo; tribunais cuja arma principal era a multa ou o encarceramento pela desobediência a suas determinações.²⁹¹

Roberto Molina Pasquel, valendo-se de antigo estudo de Armoroux-Menard, explica que a teoria do *contempt of court* deve seu desenvolvimento à jurisdição dos

²⁸⁹ “The origins of the common law concept of contempt lie in the medieval notion that the monarch was divinely appointed and accountable only to God and that therefore any resistance or affront to the authority of the monarch should attract not only eternal damnation but immediate retaliation. This retaliation was seen as an essentially personal reaction, because it was the person of the King, not the institution of the monarchy, that suffered. It was only a short step from this to say that any resistance or affront to the authority of the members of an institution which exercised royal power as a delegate of the monarch, such as a court established under royal authority, should also be considered a contempt of royal authority. On this footing, the doctrine of contempt was potentially applicable to all institutions of central government, whether legislative, executive or judicial. In fact, it has developed most fully in the context of courts, though the notion of contempt of parliament has also achieved a reasonably coherent form. Although it was theoretically possible the common law would develop a concept of contempt of executive authority, this never actually occurred. Nowadays, when it is said that a particular act may constitute ‘contempt’ of a body, such as a Royal Commission, falling within the executive branch of government, this can only be on the footing that a statute renders some or all of the law of contempt of court applicable to the particular body.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt: Report 35**. Canberra: Australian Government Publication Service, 1987, p. 16).

²⁹⁰ VARANO, Vincenzo. Contempt of court. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 388.

²⁹¹ “The Court of Chancery, where the concept originated, regarded itself as a court of ‘conscience’ and its orders as reflecting what morality demanded from a person in the defendant’s position. Hence, disobedience was an affront not only to the court and to the Sovereign, but to God and to conscience. It may be argued that the difference between civil contempt in the common law systems and civil law methods of enforcement is more one of form than of substance, seeing that penalties as a means of enforcement, particularly civil fines payable either.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt: Report 35**. Canberra: Australian Government Publication Service, 1987, p. 17).

tribunais de *equity* que, para assegurar a obediência de suas decisões, expediam ordens de execução. Estas ordens, depois de haverem sido seladas com o “Grande Selo”, eram entregues à parte que deveria cumprir o ato ou abster-se de praticar a conduta objeto da decisão. A inobservância dessa ordem, por consistir no menosprezo ao elemento representativo do poder estatal, implicava numa reação ao desrespeito à autoridade do Estado. O *contempt*, portanto, era cometido tecnicamente por não se ter obedecido a uma ordem revestida pelo Grande Selo.²⁹²

Os tribunais do *common law*, que prestavam tutela *at law*, ao contrário dos tribunais de *equity*, não podiam emitir sentenças impondo uma conduta positiva ou omissiva que tivesse, do ponto de vista da execução, semelhança com os provimentos dos tribunais de equidade.

Os julgamentos *at law* não tinham o condão de atuar sobre a vontade do condenado impondo-lhe uma atuação específica. Os efeitos *in rem* de suas decisões, por não exigirem uma conduta do réu, raramente poderiam dar ensejo a algum tipo de desobediência que implicasse em *contempt of court*.

Impende necessário, ademais, ter em conta que a jurisdição de equidade sempre se caracterizou pelo fato de que o Chanceler - e depois as Cortes de equidade - só podia proceder *in personam*, vale dizer, sobre a pessoa do ordenado e não diretamente sobre seus bens, salvo no caso de restituição de coisa alheia. A competência dessas Cortes excedia aquela que um juiz cível costuma deter nos países derivados da família romano-germânica e que, aliás, se aproxima muito da competência que desfruta um juiz criminal, o qual pode ordenar a detenção, arresto e aprisionar o réu.

A jurisdição de *equity* atuava, portanto, mediante pressão coercitiva pessoal para que o mesmo obrigado prestasse exatamente aquilo que lhe foi ordenado por meio

²⁹² PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954, p. 30-32. Ver, a propósito do tema: BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. **Harvard Law Review**, v. 21, p. 1908, p. 166.

do pronunciamento judicial.²⁹³ A desobediência do comando judicial, por ser considerada uma ofensa ao poder real, sempre foi contundentemente reprovada.

Desse modo, conforme explica Marcelo Lima Guerra, a tutela concedida pela chancelaria visava o cumprimento na forma específica “porque, atuando como corte de consciência, suas decisões vinculavam diretamente a *pessoa do réu*. Isso quer dizer que, ao se recusar a observar o que lhe determinava uma decisão do *Chancellor* (denominada *equity decree*, em contraposição aos *judgements at law*, isto é, as decisões proferidas pelos outros tribunais), era considerado em *contempt of court* e mandado para a prisão até que se decidisse a cumprir o que determinava a sentença. Dispunha a *Chancery*, portanto, de um instrumento poderoso que lhe garantia conceder a tutela específica.”²⁹⁴

5.3.4 Fundamentos do *Contempt of Court: Inherent Powers*.

Na Inglaterra, o fundamento do *contempt of court* tem se mantido inalterado desde sempre devido à construção orientada quase exclusivamente pelas Cortes no exercício de um poder considerado intrínseco à função jurisdicional (*inherent power* ou *inherent jurisdiction*).²⁹⁵

O conceito de poderes inerentes (*inherent powers*) não pode ser explicado por meio de uma definição universal, no entanto, é usualmente entendido que eles envolvem todos os poderes essenciais para que o órgão jurisdicional conserve sua existência institucional, sua dignidade e, além disso, promova o adequado desenvolvimento de suas funções. Confira-se, a propósito:

²⁹³ TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C. **American civil procedure: an introduction**. New Haven and London: Yale University, 1993, p. 159.

²⁹⁴ GUERRA, op. cit., p. 88.

²⁹⁵ Segundo explana Vincenzo Varano, esse poder inerente havia sofrido raras intervenções do legislador até que, em 1981, uma histórica decisão da Corte Europeia dos Direito do Homem estimulou o Parlamento inglês a dar regulamentação à matéria. (VARANO, op. cit., p. 388).

Inerente no conceito de poder judicial são ‘certos poderes implícitos que necessariamente provem de nossas Cortes de Justiça em razão da natureza da instituição... Aplicar multa por *contempt* – prender por desobediência – impor a observância de uma decisão, são poderes imprescindíveis para a Corte porque eles são necessários para exercer todos os outros: e até agora nossas Cortes, sem dúvida, possuem poderes não imediatamente derivado de leis...’. Estes poderes implícitos ou inerentes são, por via de regra, poderes institucionais de controle que permite a Corte manter a integridade de seus procedimentos.²⁹⁶

A noção que envolve o poder inerente vincula-se ao dever atribuído ao Poder Judiciário de administrar a justiça de forma eficiente, efetiva e organizada. Veja-se a explicação de Jim R. Carrigan:

*Inherent powers consist of all powers reasonably required to enable a court to perform efficiently its judicial functions, to protect its dignity, independence and integrity, and to make its lawful actions effective. These powers are inherent in the sense that they exist because the court exists; the court is, therefore it has powers reasonably required to act as an efficient court.*²⁹⁷

Com o escopo de determinar o que o termo *inherent jurisdiction* de fato significa, tanto a doutrina quanto a jurisprudência fazem referência à seguinte definição contida no *Halbury’s Laws of England*:

*In sum, it may be said that the inherent jurisdiction of the court is a virile and viable doctrine, and has been defined as being the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, in particularly to ensure the observation of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them.*²⁹⁸

²⁹⁶ “Inherent in the concept of judicial power are ‘certain implied powers that must necessarily result to our Courts of justice from the nature of their institution. ... To fine for contempt - imprison for contumacy - enforce the observance of order, are powers which cannot be dispensed with in a Court, because they are necessary to the exercise of all others: and so far our Courts no doubt possess powers not immediately derived from statute...’. These implied or ‘inherent’ powers are generally institutional powers of control that allow a court to maintain the integrity of its proceedings.” (CHRISTIANSEN, Stephen K. Inherent sanctioning power in the federal courts after *Chambers v. NASCO, Inc.* **Brigham Young University Law Review**, n. 4, 1992, p. 1209).

²⁹⁷ CARRIGAN, Jim R. Inherent Powers and Finance. **Trial Magazine**, n. 6, 1971, p. 22.

²⁹⁸ BOMHOF, Scott. The court’s inherent jurisdiction – What are the limits? **Commercial Insolvency Reporter**. v. 15, n. 5, p. 1.

É notório, portanto, que o exercício dos *inherent powers* deriva de uma ampla doutrina que permite ao órgão jurisdicional controlar sua própria atuação e os processos submetidos a sua apreciação. Tal poder não se funda na legislação ou em estatutos, mas no poder inerente investido nas Cortes para controlar os processos que julga.²⁹⁹

As duas principais bases teóricas do poder inerente residem na doutrina da separação dos poderes e na teoria segundo a qual o poder inerente deriva da própria existência do Poder Judiciário enquanto órgão responsável pela resolução dos conflitos.³⁰⁰

De acordo com a doutrina da separação dos poderes, o Poder Judiciário - enquanto órgão que carrega parcela do poder estatal - deve conduzir sua função judicante de forma efetiva e eficiente. Os poderes inerentes permitem ao Poder Judiciário cumprir seus deveres constitucionais, além de servir de fundamento para uma série de instrumentos que são pressupostos para a adequada administração da justiça.³⁰¹

²⁹⁹ BOMHOF, Scott. The court's inherent jurisdiction – What are the limits? **Commercial Insolvency Reporter**. v. 15, n. 5, p. 2-3. Confira-se ainda: “On what basis did the superior courts exercise their powers to punish for contempt and to prevent abuse of process by summary proceedings instead of by the ordinary course of trial and verdict? The answer is, that the jurisdiction to exercise these powers was derived, not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law, and for this reason such jurisdiction has been called "inherent". This description has been criticised as being ‘metaphysical’, but I think nevertheless that it is apt to describe the quality of this jurisdiction. For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence, its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law. The juridical basis of this jurisdiction is therefore the authority of the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner.”(JACOBS, Jack. The Inherent Jurisdiction of the Court. **Current Legal Problems**, n. 23, 1970, p. 27-28).

³⁰⁰ WARREN, Michael. Contempt of court & broken windows: why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican self-government . **The Journal of the Federalist Society's Practice Groups**, v. 7, 2006, p. 45-46.

³⁰¹ PASQUEL, **Contempt of court...**, p. 81-82.

Ao lado disso, a doutrina do poder inerente concede ao Poder Judiciário um arcabouço instrumental para salvaguardar sua independência e suas funções da usurpação promovida pelo Poder Legislativo e Executivo.

A segunda teoria que fundamenta o poder inerente das Cortes, conquanto apresente pontos de contato com a primeira doutrina, revela contornos mais amplos. Segundo tal teoria os poderes inerentes são percebidos como um poder derivado da própria razão de existência do Estado. Essa teoria deixa de lado a análise calcada nos alicerces constitucionais e lança mão de uma explicação pragmática, isto é, de acordo com ela, as Cortes têm poder inerente justamente para realizar adequadamente seus propósitos.³⁰² O poder inerente, nesse caso, limita-se ao poder necessário para promover a administração da justiça de forma efetiva.

A própria Suprema Corte - conforme explica Robert Pushaw - definiu os “*inherent powers*” como aqueles que “*cannot be dispensed with . . . because they are necessary to the exercise of all others.*”³⁰³

Nota-se que, de um modo geral, prevalece a idéia de que as Cortes, enquanto expressão da autoridade estatal, são detentoras do poder inerente (*inherent powers of court*) e que esse poder, por sua vez, é sempre definido - seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial - de forma genérica, isto é, conserva-se a idéia de que os

³⁰² “Furthermore, the courts protect the rights of the people against government oppression by enforcing constitutional rights such as the free exercise of religion, free speech, free press, the right to associate, the bar against quartering troops, the prohibition of the establishment of a government religion, the prohibition of warrantless or unreasonable searches and seizures, the prohibition against cruel and unusual punishment, and the right to bear arms. The courts also defend the integrity of the constitutional and statutory structure of the government by enforcing the separation of powers, checks and balances, federalism (and home rule, in some states), and ensuring that government agencies act in accordance with the law and their duly authorized powers. Likewise, the courts ensure the rendering of justice in private disputes by enforcing contracts, holding tortfeasors accountable, enforcing property rights, and enforcing civil rights and similar legislation. The power of contempt is the means by which the court enforces its fundamental authority. Courts have no armies to command and no taxes to raise and spend. In a very fundamental sense, the judicial power is the contempt power; and the failure to exercise it becomes a failure of the judiciary.” (WARREN, Michael. Contempt of court & broken windows: why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican self-government. **The Journal of the Federalist Society’s Practice Groups**, v. 7, 2006, p. 45-46).

³⁰³ PUSHAW, Robert J. The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution. **The Iowa Law Review**, v. 86, n. 2, 2001, p. 735.

poderes inerentes são aqueles necessários para a apropriada e completa administração da justiça.³⁰⁴

Por outro lado, o que interessa realçar aqui é precisamente a razão e o modo pelo qual as Cortes invocam o poder inerente para aplicar o *contempt of court*. Nesse sistema, a técnica de execução indireta é formada pela combinação entre ordens judiciais que impõem um fazer ou uma abstenção (*injunction* e *decree of specific performance*) e o *contempt of court*.

A *injunction* é uma espécie de ordem judicial, originariamente emanada da jurisdição de *equity*, que tem como conteúdo a determinação para que alguém faça ou deixe de fazer determinado ato.³⁰⁵ A *specific performance*, a seu turno, é uma ordem judicial que determina o cumprimento de uma obrigação contratual na forma específica.³⁰⁶

O descumprimento da *injunction* ou de uma *order of specific performance* geralmente faz com que o renitente seja submetido ao *contempt of court*. Para essa hipótese, a *common law* coloca à disposição dos juízes e tribunais uma ampla gama de meios e procedimentos de execução para que a autoridade, o respeito e a dignidade confrontados pelo ato de submissão sejam restaurados.³⁰⁷

Nesse horizonte, não se deve perder de vista, de antemão, que, como a *injunction* pode ter uma vasta variabilidade de conteúdos, verifica-se a impossibilidade de criar um conjunto completo de formas de execução. Devido a isso, conforme explica Michele Taruffo, recorre-se à idéia de *inherent power* “para que dela derive o

³⁰⁴ BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990, p. 782.

³⁰⁵ TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C.. **American civil procedure: an introduction**. New Haven and London: Yale University, 1993, p. 196-199.

³⁰⁶ TARUFFO; HAZARD JR.. **American civil procedure: an introduction**, p. 199-200.

³⁰⁷ “Every system of resolving dispute must, in some form and under some name, provide for at least these two things: its own power to preserve the orderliness of the decision-making process and its own power to enforce decisions once made (...) The power to enforce decrees, once made, is likewise essential and important, though often enough this is done through execution of sentence rather the contempt power.”(DOBBS, Dan. B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 184-185).

instrumento coercitivo mais e eficaz e mais atípico”: o *contempt of court*³⁰⁸.

Por outras palavras, se a técnica processual proporcionada pela *injunction* é marcadamente atípica, dando ensejo a uma série de decisões de conteúdo e efeitos variáveis, faz-se necessário também um instrumento executivo correlato, apto a se amoldar à variabilidade e plasticidade das *injunctions*.

Nessa linha, talvez a explicação contemporânea mais emblemática acerca do *contempt of court*, que enlaça tanto a razão de ordem constitucional quanto a razão de ordem pragmática, tenha sido veiculada pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos, em um importante julgamento de 1911. Na referida decisão ficou consignado o seguinte raciocínio:

O *contempt of court* é uma parte integral da independência do judiciário, e é absolutamente essencial ao cumprimento dos deveres impostos aos tribunais pela lei. Sem isso eles seriam apenas juntas de arbitragem e suas decisões meros conselhos. Se a parte puder fazer ela mesma o julgamento sobre a validade das ordens que forma proferidas e, pela sua própria desobediência, deixá-las de lado, então os tribunais são impotentes e o poder que a Constituição denomina ‘poder judiciário do Estados Unidos’ não seria nada além de um esforço em vão. Este poder ‘tem sido uniformemente defendido por ser necessário para a proteção da corte de insultos e opressão durante o exercício de seu dever, e para torná-lo apto a executar seus julgamentos e ordens necessários ao dever de administração da lei e proteção dos direitos dos cidadãos’.³⁰⁹

A esse respeito, a Suprema Corte de Michigan declarou no caso *In re Huff*, 352 Mich 402 (1958):

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 69.

³⁰⁹ “For while it is sparingly to be used, yet the power of courts to punish for contempts is a necessary and integral part of the independence of the judiciary, and is absolutely essential to the performance of the duties imposed on them by law. Without it they are mere boards of arbitration, whose judgments and decrees would be only advisory. If a party can make himself a judge of the validity of orders which have been issued, and by his own act of disobedience set them aside, then are the courts impotent, and what the Constitution now fittingly calls the ‘judicial power of the United States’ would be a mere mockery. This power ‘has been uniformly held to be necessary to the protection of the court from insults and oppression while in the ordinary exercise of its duty, and to enable it to enforce its judgments and orders necessary to the due administration of law and the protection of the rights of citizens.’ *Bessette v. W. B. Conkey Co.* 194 U.S. 333 , 48 L. ed. 1004, 24 Sup. Ct. Rep. 665.” (*Gompers v. Bucks Stove & Range Co.* (1911) 221 U.S. 418).

Há poder inerente nas Cortes, absolutamente extensão daquele que existiu nas Cortes de *common law* da Inglaterra, independente mas também por conta da lei..., que é meramente declaratória e afirma esse poder inerente de julgar e punir por *contempt*... Tal poder inerente se estende não somente para o *contempt* cometido na presença da Corte, mas também para *constructive contempt* originado pela recusa do réu em cumprir com as ordens da Corte... Tal poder, sendo inerente e parte do poder jurisdicional das Cortes constitucionais não pode ser limitado ou subtraído por atos da legislatura tampouco é dependente de permissões legislativas para sua validade ou de procedimentos que atuem tal poder³¹⁰

Calha observar que a teoria em torno do poder inerente e, respectivamente, a sua conseqüência mais enérgica - o *contempt power* -, conquanto jamais tenha deixado de ter a aplicabilidade reconhecida pelas Cortes em uma infinidade de casos, não é isenta de críticas.

Muito embora a idéia prevalecente oriente-se no sentido de que o *contempt power* é um poder inerente historicamente atribuído ao Judiciário no sistema anglo-americano e que existe independentemente de qualquer legislação, é justamente nessa direção - a da falta de sustentação legal - que sempre se dirigiu uma forte crítica ao instituto. Se os poderes inerentes não se fundam em lei, mas na própria natureza das Cortes, enquanto órgãos jurisdicionais, assinala-se que se tratariam de poderes metafísicos.³¹¹

Ao que parece, essa também é a constatação de Roberto Molina Pasquel quando esclarece que os “tribunais norte-americanos criaram para eles mesmos um corpo de autoridade legal, na qual fundam seu direito inerente, na ausência de uma

³¹⁰ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000, p. 2.

³¹¹ Nesse sentido: “... the jurisdiction to exercise these powers was derived, not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law, and for this reason such jurisdiction has been called ‘inherent’. This description has been criticised as being ‘metaphysical’, but I think nevertheless that it is apt to describe the quality of this jurisdiction. For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused.” (CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers**. Ottawa, 2001, p. 8).

limitação imposta pelo mesmo poder criado, como no caso do *contempt power*, doutrina que foi ratificada com todo rigor pelos tribunais.³¹²

O que se constata, porém, nada obstante já existam, atualmente, diversas leis regulando o instituto do *contempt of court*, é que jamais se deixou de aplicá-lo em razão de ausência de previsão legal, assim como nunca foi negada sua origem histórica vinculada à doutrina dos poderes inerentes.

5.3.5 Classificações do *Contempt of Court*

Dentre as várias classificações envolvendo o instituto do *contempt of court*, duas delas detêm, seja do ponto de vista prático, seja do ponto de vista jurídico, efetiva importância, merecendo, ainda que de modo generalizante, a devida análise.

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina costumam estabelecer duas classificações funcionais para o *contempt of court*. A primeira delas parte da bipartição entre *direct contempt* e *indirect contempt*; já a segunda vale-se da cisão, nem sempre muito evidente do ponto de vista prático, entre *civil contempt* e *criminal contempt*.

5.3.5.1 *Direct e Indirect Contempt*

O *contempt* direto, também denominado *contempt in the face of court*, é aquele que se pratica diante da Corte. Consiste numa conduta omissiva ou comissiva na presença do órgão jurisdicional, tendente a impedir o interromper seus procedimentos, ou que fira sua integridade.³¹³ É bem verdade que há, no plano interpretativo, uma certa dificuldade e incerteza de se precisar o que deve ser

³¹² PASQUEL, *Contempt of court...*, p. 83.

³¹³ MILLER, Christopher John. *Contempt of court*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1997, p. 56.

entendido por *contempt in the face of court*. Duas são as posturas interpretativas em relação à idéia de “ato cometido na presença da Corte”³¹⁴.

Para a interpretação expansiva, basta que o ato caracterizado como *contempt of court* suceda em proximidade suficiente para interferir no trabalho dos juízes e das demais pessoas que estejam de alguma forma atuando em prol da administração da justiça (como, por exemplo, o corpo de jurados)³¹⁵. Para além disso, afirma-se que os fatos devem ter ocorrido dentro do âmbito de conhecimento pessoal do juiz.³¹⁶

Por sua vez, a interpretação restritiva considera que *contempt* direto só é aquele cometido no campo de visão do juiz. É ilustrativo, nesse âmbito de discussão, um precedente da Suprema Corte do Michigan que, nitidamente aderindo à interpretação restritiva, define a maneira como se deve compreender a expressão “na imediata visão e presença da corte.”³¹⁷ Confira-se:

*[I]mmediate view and presence are words of limitation, and exclude the idea of constructive presence. The immediate view and presence does not extend beyond the range of vision of the judge, and the term applies only to such contempts as are committed in the face of court. Of such contempts, he may take cognizance of his own knowledge, and may proceed to punish summarily such contempts, basing his action entirely upon his own knowledge. All other alleged contempts depend solely upon evidence, and are inferences from fact, and the foundation for the proceedings to punish therefore must be laid by affidavit.*³¹⁸

Nada obstante a ausência de homogeneidade interpretativa em relação a esse ponto, o que se constata é que, apenas no caso concreto, revela-se possível perquirir a ocorrência do *contempt* direto.

De fato, os exemplos de *direct contempt* são vastíssimos e não poderiam jamais ser previamente determinados pelo legislador. De uma forma bastante genérica,

³¹⁴ Sobre o tema, ver: VARANO, Vincenzo. *Contempt of court*, p. 392.

³¹⁵ PASQUEL, op. cit., p. 100-103.

³¹⁶ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court...**, p. 17.

³¹⁷ A interpretação fez-se necessária por que um estatuto do Estado do Michigan (MCL 600.1701 (a); MSA 27A.1701(a) prevê que o *contempt* direto ocorre “during [the court’s] sitting” e na “immediate view and presence of the court”. (MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court...**, p. 17).

³¹⁸ In the Matter of Emery T Wood, 82 Mich 75, 82, 1890.

todavia, é lícito afirmar o *direct contempt of court* é praticado mediante um insulto cometido diante do tribunal ou do juiz, a resistência ou obstrução a legítima autoridade da Corte ou o comportamento que possa interromper ou atrapalhar o andamento do processo.³¹⁹

Por seu turno, o *contempt* indireto, também denominado *construtive contempt*, é aquele ato que, muito embora seja praticado fora da presença do órgão jurisdicional, tem a capacidade de impedir ou obstruir a devida administração da justiça.³²⁰ Nesse terreno, exemplo dos mais relevantes é justamente “a deliberada desobediência de uma decisão ou a resistência voluntária oferecida contra a efetivação de uma ordem legítima do órgão jurisdicional.”³²¹

É perceptível, a partir dessas considerações, que o critério distintivo dessas espécies de *contempt of court* reside justamente na particularidade de a postura taxada por *contempt* ter sucedido – ou não – na presença da Corte³²².

Resta ainda dizer que a importância prática dessa distinção não se limita ao plano conceitual. De fato, ela é fundamentalmente sentida no campo procedimental. A prática do *contempt* na presença da Corte autoriza a instauração de um processo sumário³²³ que, conforme Pasquel, “pode consistir no imediato encarceramento”.³²⁴ Entende-se que, para sancionar o *contempt* sumariamente, todos os fatos necessários

³¹⁹ Além disso, Roberto Molina Pasquel apresenta os seguintes exemplos: “El directo es, por ejemplo, rehusarse deliberadamente a prestar juramento como testigo o a contestar una pregunta legítima; o dar falso testimonio; o quebrantar la paz del tribunal; o hacer ruido o disturbios tan cerca del tribunal que interrumpa sus procedimientos.” (PASQUEL, op. cit., p. 67). V. ainda: GRAY, Lawrence N. Criminal and civil contempt: some sense of hodgepodge. *St. John’s Law Review*, v. 72, 1998, p. 409.

³²⁰ “Indirect contempt occurs outside the immediate view and presence of the court.” (MACCARTY; KOWALSKI, op. cit., p. 18).

³²¹ PASQUEL, Id.

³²² Deve-se levar conta, entretanto, conforme assinalado, que o entendimento acerca do significado da expressão “na presença do Corte” é muito variável e pode sofrer uma interpretação extremamente ampla.

³²³ MILLER, *Contempt of court*, p. 56.

³²⁴ PASQUEL, op. cit., p. 102. No mesmo sentido é a referência feita por MACCARTY e KOWALSKI a uma norma do Estado Michigan, a ver: “When any contempt is committed in the immediate view of the court, the court may punish it summarily by fine, or imprisonment, or both.” (MACCARTY; KOWALSKI, op. cit., p. 18).

devem estar dentro do âmbito de conhecimento do juiz. Ao passo que o *contempt* direto “*not be punished summarily, but only after proof of the facts charged has been made by affidavit or other method and opportunity has been given to defend.*”³²⁵

5.3.5.2 *Civil Contempt e Criminal Contempt*

A principal e mais complexa classificação respeitante ao *contempt of court* é feita a partir da distinção entre *civil* e *criminal contempt*. Na prática, contudo, tem se reconhecido que a distinção entre ambos é extremamente tênue. Essa divisão, tradicionalmente aceita, tem sido, nos últimos anos, objeto de intensa crítica por sua inutilidade prática e falta de sentido.³²⁶ Na Inglaterra, por exemplo, já em 1974, a *Phillimore Committee on Contempt of Court* recomendou a abolição dessa diferenciação, muito embora, como assinala Terence Ingman, nenhuma norma tenha abandonado essa arraigada classificação.³²⁷

Dito isso, importa aqui sublinhar a correspondência do *criminal contempt* com uma “*common-law offence*” punível mediante prisão e multa. Seu escopo é claro: visa punir a afronta à autoridade do Estado. Em casos de *criminal contempt* a Corte impõe sanções punitivas no intuito de reivindicar sua autoridade.³²⁸

Expressão de tal conceituação pode ser encontrada em um importante precedente (*Attorney-General v. Levver Magazine Ltd*) pelo qual a Corte inglesa estatuiu que “embora o *criminal contempt* possa ter uma variedade de formas, estas sempre compartilham características comuns: envolvem a interferência com a devida administração da justiça, também em processos particulares ou mais genericamente

³²⁵ MACCARTY; KOWALSKI, op. cit., p. 18.

³²⁶ “Contempt of court has traditionally been classified as either criminal or civil although t years this classification has been criticised as 'unhelpful and almost meaningless'.” (INGMAN, Terence. **The English legal process**. 4. ed. London: Blackstone Press Limited, 1992, p. 123).

³²⁷ “The abolition of the distinction between criminal and civil contempt was recommended in 1974 by the *Phillimore Committee on Contempt of Court* (Cmnd 5794, 1974, paras 170-6), but so far there has been no legislative I abandon it.” (INGMAN, op. cit., p. 123). Ver ainda: MILLER, **Contempt of court**, p. 42-44.

³²⁸ MACCARTY; KOWALSKI, op. cit., p. 1

impedindo a continuação do processo. *É a justiça em si que é desrespeitada pelo contempt of court.*”³²⁹

Portanto, quando se verifica que alguém, inconvenientemente, desafia ou ignora a autoridade da Corte, os juízes e tribunais têm o poder inerente de punir tais condutas. A hipótese de *criminal contempt* ocorre quando o *contemnor*, de fato, causa embaraços à atuação da Corte. Exemplos clássicos são casos de exaltação em audiência, utilização de linguagem insultuosa ou a prática de atos de violência.³³⁰

Já o *civil contempt* se delinea pela desobediência às ordens judiciais (*court orders*), cuja principal consequência é dar ensejo à aplicação de meios executivos de coerção indireta.

O *civil contempt of court* ocorre quando o *contemnor* intencionalmente desobedece às ordens da Corte. Tal hipótese, conforme assinalado, também é chamada *indirect contempt* por que ocorre fora do domínio direto do juiz. A desobediência da ordem judicial dá ensejo à instauração de um processo que visa justamente induzir ao cumprimento da ordem judicial (*civil contempt proceeding*).

No bojo desse processo que se destina a executar (*enforcement*) as ordens judiciais, a parte renitente (*civil contemnor*) pode ser submetida à multa (*fine*), à prisão (*committal*) ou ainda ter seus bens seqüestrados provisoriamente (*writ of sequestration*), sendo que todas essas sanções, por serem nitidamente coercitivas, são condicionadas ao cumprimento da determinação judicial.

Não é por outra razão que uma maneira razoavelmente útil de estabelecer a distinção entre as duas espécies de *contempt* parte da comparação entre as sanções aplicáveis e seus respectivos objetivos:

³²⁹ “My lords, although criminal contempt of court may take a variety of forms they share a common characteristic: they involve an interference with the due administration of justice, either in a particular case or more generally as a continuing process. It is justice itself that is flouted by contempt of court, not the individual court or judge who is attempting to administer it.” (MILLER, Christopher John. **Contempt of court**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1997, p. 1).

³³⁰ “Criminal contempt extends to such matters as insulting behaviour in the face of the court or conduct which interferes with the proper administration, both criminal and civil. The offence of criminal contempt is triable summarily a jury.” (INGMAN, op. cit., p. 123).

Para distinguir *civil contempt* do *criminal*, é necessário observar o propósito das sanções. Se o objetivo das sanções é punir o *contemnor* de um ato pretérito que ele ou ela foram proibidos de fazer, o procedimento do *criminal contempt* deve ser instituído. Se, por outro lado, o propósito da sanção é coagir o *contemnor* a fazer um ato em benefício do autor, então o procedimento do *civil contempt* é o apropriado.³³¹

Nessa ordem de idéias, a categorização do *contempt of court* pode ser, em grande medida, compreendida à luz de seu propósito punitivo ou coercitivo. Miller explica que, no âmbito do direito inglês, conquanto o *criminal contempt* defira dos crimes ordinários por vários fatores, seu processo, igualmente aos demais crimes, tem função claramente punitiva.³³²

Nos casos de *civil contempt*, por sua vez, as sanções aplicáveis, nitidamente coercitivas, visam estimular o cumprimento da ordem judicial. Não há objetivo punitivo algum. É por essa razão que o renitente será solto da prisão e a multa deixará de incidir tão logo seja condescendente com a ordem do juízo.³³³

Muita embora, como foi dito, essa discussão venha de longa data, e exista uma série de precedentes versando sobre os critérios aptos a distinguir as duas espécies de *contempt of court*, recentemente a Suprema Corte do Michigan teve a oportunidade de aprofundar a reflexão sobre tal distinção ao julgar o caso *In re Contempt Dougherty*. Em razão da importância dos raciocínios lançados nesse precedente, afigura-se oportuno examiná-lo brevemente.

No referido caso, os réus foram processados por *civil contempt* por violar uma *permanent injunction* que lhes havia proibido violar o direito de propriedade do autor e obstruir o acesso à saída da instalação industrial cuja propriedade pertencia ao autor.

³³¹ Assim expõem os autores citados: “To distinguish civil from criminal contempt, it is necessary to look at the purpose of the sanctions. If the purpose of the sanction is to punish the contemnor for a past act that he or she was forbidden to do, criminal contempt proceedings may be instituted. If, on the other hand, the purpose of the sanction is to coerce the contemnor to do an act for the benefit of the complainant, then civil contempt proceedings are appropriate.” (MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000. p. 10-11).

³³² MILLER, op. cit., p. 25.

³³³ VARANO, op. cit., p. 389; DOBBYN, op. cit, p. 224.

Os réus foram presos até que se comprometessem a não violar novamente a *injunction* (prisão coercitiva, portanto). A Suprema Corte do Michigan entendeu que a *trial court*³³⁴ errou ao impor sanção coercitiva – aplicável nos casos de civil contempt – para compelir o cumprimento da decisão quando já havia sucedido a violação da *injunction* anteriormente. Como a violação da *injunction* já havia ocorrido e, posteriormente, por ocasião da aplicação da sanção coercitiva em audiência (*contempt hearing*), os réus não estavam mais desobedecendo a *injunction*, a *trial court* somente poderia ter instituído procedimento relativo ao *criminal contempt* para fim de punir a violação já praticada ou ter instituído o *civil contempt* com a finalidade específica de compensar os autores pelos prejuízos decorrentes da infringência da ordem judicial.

Assim, a Suprema Corte Estadual fixou entendimento segundo o qual, se a violação da *injunction* ocorreu no passado, cabe apenas a aplicação do *contempt* punitivo (*criminal*).³³⁵ Para utilizar as medidas de execução indireta do *civil contempt* “o ato deve ser passível de coerção por meio da sanção”³³⁶. A Suprema Corte do Michigan estatuiu nesse caso que: “Uma sanção coercitiva é apropriada quando o *contemnor*, no momento da audiência [do processo de *contempt*] está sob o presente dever de cumprir a ordem”.³³⁷

Em verdade a noção que percorre todo esse raciocínio é elementar: se a ordem já foi descumprida, esvazia-se por completo a utilidade dos meios coercitivos,

³³⁴ A *Trial Court* equivale ao juízo de primeira instância na esfera estadual. No plano federal, são chamadas de U.S. *district courts*.

³³⁵ Semelhante raciocínio é privilegiado no sistema inglês: “In particular it is clearly established that a fine or committal order may be imposed as a punishment for past disobedience even though the contemnor has by then complied with the original order or undertaking.” (MILLER, **Contempt of court**, p. 27).

³³⁶ “The Dougherty majority reasoned that coercive contempt sanctions were inappropriate in the case before it because the contemnor was not in present violation of the court's order. The Court admitted that, in certain cases, a coercive civil sanction may be appropriate where the contemnor has committed a past forbidden act. Dougherty, - supra, at 99. However, for a civil contempt sanction to be imposed in such a case, there must be ‘some act that can be coerced by the sanction. ...’” (MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court**..., p. 11).

³³⁷ “[A] coercive sanction is proper where the contemnor, at the time of the contempt hearing, is under a present duty to comply with the order and is in present violation of the order.” (In re Contempt of Dougherty, 429 Mich 81, 1987).

cabendo, portanto, a Corte punir o recalcitrante; se, por sua vez, a ordem, muito embora inobservada, ainda é de possível cumprimento, cabe o manejo das medidas coercitivas ligadas ao *civil contempt proceeding*.³³⁸

5.3.6 Aspectos Procedimentais

Da distinção entre *criminal* e *civil contempt*, emergem repercussões significativas no campo processual.

De um modo geral, o processo de *civil contempt of court* é instaurado pela parte prejudicada, que tem, ainda, o direito de desistir da ação³³⁹. Diz-se ainda que o processo por *civil contempt* pode ser extinto por acordo ou transação, ao passo que procedimento do *criminal contempt* não está no campo de disponibilidade das partes.³⁴⁰

Todas as garantias constitucionais relativas ao processo criminal devem ser asseguradas nos casos de processo por *criminal contempt*,³⁴¹ exceto nos casos

³³⁸ Além disso, as Cortes estaduais e federais têm afastado completamente a possibilidade de se levar a efeito um *contempt of court* por antecipação (*anticipatory contempt*), ou seja, a parte não pode ser submetida ao *contempt of court* por se recusar a prometer que obedecerá o ordem judicial ou demonstrar a intenção de que não cumprirá determinado dever de participação processo, como testemunhar em um processo. Veja-se, por exemplo: In re Contempt of Dougherty, 429 Mich 81, 104-07 (1987) e United States v Johnson, 736 F2d 358, 360 (CA 6, 1984). (MACCARTY; KOWALSKI. **Contempt of court**..., p. 11).

³³⁹ DOBBYN, **Injunctions**, p. 230.

³⁴⁰ “Almost always, the person instigating civil contempt proceedings is the party in whose favour the order was made or undertaking given. It would seem, however, that, at least where the purpose of the proceedings is to punish for past disobedience, the ‘offence’ is considered to be of a public nature and that therefore, irrespective of the wishes of the enforcing party, the court, under appropriate court rules, can direct its registrar or other appropriate officer to commence proceedings. It is possible that any member of the public has standing to do so. It has been suggested also that the Attorney-General should likewise have standing.” (CHESTERMAN, Michael. Contempt: in the common law, but not the civil law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 46, 1997, p. 543).

³⁴¹ DOBBYN, **Injunctions**, p. 220; DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 235-239. Anote-se a explicação de Dobbs: “As already indicated, the classification of a contempt case as criminal or civil has a number of important consequences. If the case is a criminal one, almost the entire panoply of criminal safeguard comes into play. The burden of proof is on the prosecution, the party charged cannot be required to testify against himself, cannot be put in double jeopardy, and cannot be tried without appropriate notice of the charge. Inferentially at least, he is entitled to counsel and to compulsory process for bringing in his witnesses. He is now

contempt in the face of court. Nesta espécie, o *criminal contempt* é julgado mediante procedimento sumário.³⁴²

Para a caracterização do *criminal contempt* é fundamental que se averigüe a intenção do *contemnor* (*willfulness*), o que é dispensável em caso de *civil contempt*.³⁴³

Diferentemente do que ocorre no *criminal contempt*, em que o desrespeito à Corte enseja um processo autônomo, entende-se que o processo por *civil contempt* é uma mera continuação do processo em que se verificou o ato de insubordinação.³⁴⁴

Sempre se garante ao *contemnor* nos casos de *civil contempt* o direito de apelação, contrariamente aos casos de *criminal contempt*, nos quais a sanção aplicada, em determinadas circunstâncias, pode ser imediatamente implementada, sem direito a recurso.

As sanções por *criminal contempt* são punitivas, ao passo que aquelas que derivam do *civil contempt* são coercitivas, ou seja, visam induzir ao cumprimento da ordem judicial. Por isso é que as sanções por *civil contempt of court* podem ser “*open-ended*”, isto é, estabelecidas para perdurar indeterminadamente; por terem escopo coercitivo sua duração é condicionada ao cumprimento da ordem judicial pelo *contemnor*.³⁴⁵ Tal não ocorre no *criminal contempt*, no qual a sanção deve ser aplicada por um prazo previamente determinado.³⁴⁶

entitled compulsory process for bringing in his witnesses. He is now entitled to a jury trial if the criminal sentence is a potentially serious one.” (DOBBS, op. cit., p. 241-242).

³⁴² Para maior aprofundamento sobre a questão, ver: VARANO, Vincenzo. Contempt of court, p. 390-397.

³⁴³ DOBBS, op. cit., p. 261.

³⁴⁴ DOBBYN, op. cit., p.223-224.

³⁴⁵ Assim explica Chesterman: “A coercive sanction of imprisonment, accruing fine or sequestration may be expressed to last until the disobeying party ‘purges’ the contempt by agreeing to comply and/or tendering a suitable apology to the court.” (CHESTERMAN, Michael. Contempt: in the common law, but not the civil law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 46, 1997, p. 543).

³⁴⁶ Como explica Dobbs, a parte renitente “need not to stay a jail for any definite term; he may get out aw will. He need only purge himself of this contempt by complying or showing a willingness to comply with the court’s order. This is classically expressed in the aphorism that the person imprisoned for civil contempt carries the keys to the jail in his own pocket. The hallmark of the criminal sentence, on the other hand, is that it is determinate.” (DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 237).

Sustenta-se que as sanções por *criminal contempt* podem ser objeto de perdão do chefe do Poder Executivo, ao passo que as sanções por *civil contempt* não.³⁴⁷

5.3.7 Funções do *Contempt of Court*

O primeiro propósito do *contempt power* é preservar a efetividade e sustentar o poder das Cortes³⁴⁸. Um segundo propósito é proteger e tutelar os direitos das partes impondo o cumprimento das decisões judiciais.³⁴⁹

Assim, o *contempt power* é orientado por dois desígnios: refere-se ao dever do tribunal de imputar sanção adequada e proporcional ao menosprezo da parte pelos seus provimentos e ao poder de forçar a execução de ordens que um litigante se recuse a cumprir. Confira-se, a propósito:

*Proceedings for contempt of court may be regarded as the ultimate enforcement mechanism. The basic aim of such proceedings are to ensure compliance with the order, judgment or undertaking, breach of which has given rise to the proceedings and, in a appropriate circumstances, to punish those who disobey, so as to ensure that individuals and the community realise that such orders cannot be ignored with impunity.*³⁵⁰

Para levar a efeito tais propósitos, as Cortes no sistema anglo-saxão têm o poder impor três ordens de sanção. No caso de *criminal contempt* as sanções são marcadamente punitivas uma vez que visam reivindicar a autoridade inerente. Por sua vez, no caso de *civil contempt*, as Cortes impõem sanções nitidamente coercitivas dado que objetivam naturalmente impor o cumprimento das decisões judiciais.³⁵¹ Além

³⁴⁷ DOBBYN, op. cit., p. 231. Assim também entende Dobbs: “The criminal classification will also invoke the pardoning power of the state, which, of course, would no exist in civil cases.” (DOBBS, op. cit., p. 242-243).

³⁴⁸ People v Kurz, 35 Mich App 643, 656 (1971).

³⁴⁹ Harvey v Lewis (Appeal of List), 10 Mich App 709, 715-716 (1968) e In re Nevitt, 117 F 448 (CA 8, 1902).

³⁵⁰ AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 291.

³⁵¹ É a explicação de Dan B. Dobbs: “If the contempt proceeding is a civil one, its purpose is remedial – that is, its purpose is to compel obedience to the court’s order, or, failing that, to get some substitute relief for the benefit of the opposing party. On the other hand, if the contempt proceeding is

disso, quando a parte sofre danos imediatos, a Corte pode valer-se de remédios compensatórios (*compensatory relief*).³⁵²

Por isso dizer-se que o *criminal contempt* envolve tipicamente a pena de prisão e multa, com as quais a Corte objetiva punir o comportamento contumaz. Por outro lado, as sanções atinentes ao *civil contempt* abrangem a utilização da multa, da prisão coercitiva e do seqüestro, cuja aplicação ou manutenção é sempre condicionada à observância da ordem judicial.

5.3.8 *Contempt of Court* como Medida de Execução Indireta

O êxito do processo de execução depende basicamente de dois fatores: ou espera-se o cumprimento espontâneo do devedor (sem dúvida, a hipótese menos freqüente) ou o sistema processual deve fornecer meios e procedimentos de execução efetivos e potencialmente aptos para tutelar o direito na hipótese de não ocorrer a voluntária obediência do devedor.

A falta de observância de uma ordem judicial que operam *in personam* (em especial, a *injunction* ou a *specific performance*) pode se dar em várias circunstâncias³⁵³ Pode suceder a falta de compreensão em relação ao significado ou extensão do que foi ordenado, a incapacidade técnica ou a carência meios por parte do demandado para dar cumprimento ao comando judicial, ou, ainda, o proposital e manifesto descumprimento. Em todos esses casos, a *common law* mune os órgãos jurisdicionais com uma ampla gama de meios e procedimentos de execução para que a

a criminal one, its purpose is to vindicate the court's authority. The relief is punitive, much as any other criminal sentence is punitive." (DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 235).

³⁵² VARANO, Vincenzo. Contempt of court, p. 413. Na plano jurisprudencial, ver: In re Contempt of Rochlin (Kane v Rochlin), 186 Mich App 639,647 (1990), citado no caso In re Contempt of Dougherty, 429 Mich 81, 98 (1987).

³⁵³ Assim expõe Dan Dobbs: "Disobedience of a court order can come about in several ways (...). In such cases, the moving party usually has sought an *in personam* order as part of the main relief in the case. The court order is often an injunction in some form or a specific performance order." (DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 219).

autoridade, o respeito e a dignidade afrontados pelo ato de inobediência sejam restaurados.³⁵⁴

O *civil contempt court* pode ser enquadrado entre esses meios e procedimentos voltados para assegurar a observância de ordens judiciais.

Nessa faceta específica, o mecanismo se destina a acelerar a submissão do jurisdicionado e vem normalmente acompanhado de um meio executivo de coerção indireta, que deve perdurar pelo tempo necessário para conduzir ao convencimento e integral subordinação do demandado.³⁵⁵

Como restou claro da distinção entre *criminal* e *civil contempt*, se o propósito é conduzir ao cumprimento da decisão judicial então o *civil contempt proceeding* é a medida apropriada. Isso porque diferentemente do *criminal contempt of court* - que existe para proteger a administração da justiça na condução dos processos judiciais -, o *civil contempt of court* foi concebido como um recurso privado do jurisdicionado, cujo propósito é dar efetividade às ordens proferidas pelo órgão jurisdicional.

Sob esse enfoque é possível perceber que o *civil contempt* representa uma potente medida de execução indireta, propiciando reforçar a observância de uma série de determinações da Corte, seja relativa ao cumprimento das decisões, seja atinente à observância de deveres processuais.³⁵⁶

Credenciando tal entendimento, Angelo Dondi chama a atenção para a existência de uma subcategoria do *civil contempt*: o *coercive contenmpt*.

³⁵⁴ AUSTRALIAN LAW REFORM COMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 291.

³⁵⁵ “Every system of resolving dispute must, in some form and under some name, provide for at least these two things: its own power to preserve the orderliness of the decision-making process and its own power to enforce decisions once made (...) The power to enforce decrees, once made, is likewise essential and important, though often enough this is done through execution of sentence rather the contempt power.”(DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 184-185).

³⁵⁶ “...civil contempt came to be conceived of as private remedy. It was seen to exist primarily for the purpose of enforcing orders made for the benefit of an individual litigant.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p.292)

Segundo Dondi, a razão para adoção de tal critério de enquadramento evidencia a existência de um “*contempt come misure di esecuzione indiretta*” que, além de não se enquadrar na categoria do *criminal contempt*, exclui outras finalidades tradicionalmente características do *civil contempt*, como é o caso daquela compensatória. Para ele “*appare sostanzialmente estranea al ruolo di misura de esecuzione indiretta del contempt of court in fase esecutiva tal differenziazione fra due categorie di contempt*”.³⁵⁷

Portanto, na perspectiva do professor da Universidade de Pavia, longe de haver função punitiva ou compensatória, a *injunction* ligada ao *coercive contempt* estrutura-se como uma ordem de cumprimento da prestação devida, sob pena da incidência de conseqüências negativas que perdurarão enquanto durar o descumprimento.³⁵⁸

De fato, tanto no plano doutrinário, quanto no terreno jurisprudencial, evidencia-se a identificação do *contempt* com mecanismo de execução indireta.

É o que se denota do ensaio de por Joseph Beale, publicado na *Harvard Law Review* de 1908, para quem o *contempt* pode ser utilizado como “*a mere method of executing the decree of the court in favour of a successful party of the suit.*”³⁵⁹

Nessa mesma linha, Dan Dobbs assevera que o *contempt* destinado para efetivação de ordens judiciais é um “*relatively safe proceeding*” visto que, diferentemente do *criminal contempt*, “*is merely a way of compelling compliance or getting the opposing party what he is entitled to by way of relief.*”³⁶⁰

³⁵⁷ DONDI, Angelo. Tecniche di esecuzione nell’esperienza statunitense. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 268-270.

³⁵⁸ DONDI, Tecniche di esecuzione nell’esperienza statunitense, p. 271.

³⁵⁹ BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. **Harvard Law Review**, v. 21, p. 1908, p. 167.

³⁶⁰ DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 220.

Portanto, nos casos em que o *contempt* visa compelir ao cumprimento, “*the contempt power is used much the way of a writ of execution might be used, though usually with more effect.*”³⁶¹

Acrescente-se a isso que, como o objetivo dessa categoria de *contempt* (*coercive contempt*) é justamente exercer pressão sobre a vontade a fim de alcançar a modificação de um estado de inadequação comportamental do destinatário da ordem, os meios executivos que a ele se conjugam têm finalidade coercitiva.³⁶² Portanto, é comum dizer que os meios executivos do *civil contempt of court* são coercitivos por natureza.³⁶³

Isso ocorre porque o campo de aplicação privilegiado do *contempt* como mecanismo de *enforcement* corresponde ao campo de atuação das ordens que operam *in personam*, vale dizer, das ordens que exigem um comportamento (comissivo ou omissivo) do próprio ordenado (*injunction* e *specific performance*).³⁶⁴

Por isso é cediço que processos de *contempt* instaurados para conduzir ao cumprimento da ordem judicial resultam da inobservância de uma ordem que, por suas características, somente pode ser cumprida pelo jurisdicionado a quem foi dirigida.³⁶⁵

³⁶¹ DOBBS, op. cit., p. 220.

³⁶² Veja-se a explicação de Joseph Beale: “In the case of contempt in violating and order or decree of a court of equity, we have a entirely different problem. So far as the ancient process has not been modified by modern innovations, we have seen that it was purely coercive, not punitive.” (BEALE JR., *Contempt of court, criminal and civil*, p. 173).

³⁶³ Nesse sentido Dobbs explica que “if the proceeding is a civil one, the sanction must be a coercive (and indeterminate) one that will be lifted immediately upon the contemnor’s compliance with the court order.” (DOBBS, *Contempt of court: a survey*, p. 267).

³⁶⁴ Confira-se a explicação: “Orders enforceable by means of contempt include injunctions, which may be positive negative in form, and orders to give possession of land, or to deliver goods. Undertaking given by a party during the course of the proceedings, or undertaking on the basis of which proceedings were discontinued, may also be enforced by contempt. Non-compliance with procedural orders, including orders made by the court in the course of controlling the proceedings before it, may give rise to contempt proceedings. An order for the witness to answer a question, for example, may be enforced by contempt. Finally, an Act stipulate that failure to comply with specified order made under the Act constitutes contempt.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 293).

³⁶⁵ “Disobedience contempt proceedings most commonly arise out of a failure to comply with an order which is of such nature that it can only be obeyed – or indeed disobeyed – by the person to whom it is directed. In the case, for example, of an order to deliver up goods the whereabouts of which is known only to the defendant, alternative methods are not available.” (AUSTRALIAN LAW

Como a intenção, nesse particular, é a de vencer a resistência do ordenado em obedecer a decisão judicial, o *contempt* atua conjugado a meios executivos de coerção.³⁶⁶

Cite-se, a propósito, como exemplo, a hipótese do autor que reclama da violação de seus direitos autorais pela distribuição não autorizada de seus livros. Se o autor demonstrar adequadamente a veracidade de suas alegações, o juiz ou o tribunal ordenará, por meio de uma *prohibitory injunction*, que o editor não mais distribua os livros. Se, mesmo, assim o editor mantiver a comercialização das obras, em violação ao que fora ordenado, poderá ser submetido ao processo de *contempt of court* e, por via de consequência, sofrer as consequências das *coercive sanctions*.³⁶⁷

5.3.9 Meios Executivos Aplicados no Caso de *Civil Contempt*

Como, a rigor, a *injunction* e a *order of specific performance* veiculam ordem para que o réu cumpra o fazer ou a abstenção na forma específica, em caso de descumprimento de tais decisões, o mecanismo próprio de *enforcement* da *common law - contempt of court* - atuará sobre a vontade do réu visando vencer sua resistência.

Devido a esse propósito, a Corte aplicará medidas fundamentalmente coercitivas a fim de induzir o ordenado ao cumprimento da decisão.³⁶⁸

A maioria da doutrina entende que três são os meios coercitivos aplicados para o fim de induzir ao cumprimento da decisão judicial: a multa (*fine*), a prisão

REFORM COMMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 292).

³⁶⁶ “The kind of contempt proceeding used when a court is disobeyed – other than one made during the course of a trial – is usually compliance or getting the opposing party what he is entitled to by way of relief. In such cases, the contempt power is used much the way a writ of execution might be used, though usually with more effect.” (DOBBS, *Contempt of court: a survey*, p. 220).

³⁶⁷ EMANUEL, Steven L. **Civil Procedure**. 18 ed. Larchmont: Emanuel Publishing, 1997, p. 305.

³⁶⁸ “In the case of contempt in violating an order or decree of a court of equity, we have an entirely different problem. So far as the ancient process has not been modified by modern innovations, we have seen that is purely coercive, not punitive.” (BEALE JUNIOR, Joseph H. *Contempt of court, criminal and civil*. **Harvard Law Review**, v. 21, 1908, p. 173).

(*imprisonment* ou *committal*) e o seqüestro temporário de bens ou ativos (*sequestration*).³⁶⁹

O que verdadeiramente interessa em relação a tais meios executivos é que a sanção é coercitiva e indeterminada, valer dizer, deve deixar de incidir apenas quando o devedor resolve cumprir a obrigação.³⁷⁰ Sua aplicação é condicionada ao não cumprimento da ordem judicial, podendo perdurar pelo tempo necessário ao convencimento e integral subordinação do ordenado.³⁷¹

No que atine à multa (*finis*), deve-se registrar desde logo que, tradicionalmente, seu emprego foi considerado inapropriado no âmbito do *civil contempt*. Prevalencia a idéia de que a multa tinha um caráter eminentemente punitivo e, portanto, não se harmonizava com o propósito coercitivo e “remediador” do *civil contempt*.³⁷²

A partir de meado dos anos 60, todavia, as Cortes Inglesas e Australianas deram ênfase ao elemento penal no *civil contempt* e assumiram o poder de punir tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas responsáveis pela desobediência das ordens judiciais.

Na Austrália, em particular, a utilização da multa com a finalidade exclusivamente coercitiva foi impulsionada pelo importante precedente *Australasian Meat Industry Employees Union v. Mudginberri Station Pty Ltda (1985)*.

³⁶⁹ “Traditionally, the power of courts to impose sanctions for disobedience of court orders or undertakings was limited to imprisonment or sequestration of assets. In recent years, courts in England and Australia have assumed the power to fine as well.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt**: Report n. 35. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 299).

³⁷⁰ Segundo Dan Dobbs, “contempt may be punished in several ways, but one rule controls choice of sanction in any case: if the proceeding is a criminal one, the sanction must be determinate, such as a jail sentence for specific length of time; if the proceeding is as civil one, the sanction must be coercive (and indeterminate) one that will be lifted immediately upon contemnor’s compliance with the court order.” (DOBBS, op. cit., p. 267)

³⁷¹ Isso porque tais meios visam “compel compliance with court’s order by imposing punishment for indefinite term until contemnor complies or no longer has ability do comply.” (MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court**..., p. 16).

³⁷² AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 299.

Tratou-se de um caso em que a empresa empregadora (*Mudginberri Station Pty Ltd*) instaurou um processo por *contempt of court* contra o sindicato de trabalhadores (*Australasian Meat Industry Employees Union*) na tentativa de concretizar uma decisão judicial (*interim injunction*) que veiculava ordem inibitória ao sindicato visando impedir que, entre outras coisas, fossem realizados piquetes. Para promover a observância da *injunction*, a Corte Federal Australiana cominou multa de 2.000 dólares por cada dia de descumprimento da decisão.

A legalidade do uso da multa como mecanismo de execução coercitiva foi levada à apreciação da *High Court* que chancelou a decisão da Corte inferior, abrindo definitivamente campo o emprego da sanção como mecanismo de execução indireta.

Nos Estados Unidos, a multa coercitiva é empregada há mais tempo, funcionando de forma muito semelhante à *astreinte* francesa e à multa periódica contemplada no art. 461 do Código de Processo Civil (ou seja, fixada geralmente por período de descumprimento). Por isso é que Dobbs qualifica tal meio executivo como “*in terrorem*”.³⁷³

Segundo ele, tal multa só tem feição coercitiva no momento em que o órgão jurisdicional ameaça aplicá-la, visto que tem a potencialidade de convencer o devedor a cumprir. Todavia, quando a multa não consegue atingir esse escopo e passa a ser cobrada, ela já não se reveste de caráter coercitivo, mas sim punitivo. A propósito, confira-se o raciocínio do autor:

*The in terrorem fine is not coercive at the time it is collected. If a defendant is enjoined from trespassing on the plaintiff's property he may, after one violation of decree, be held in contempt and threatened with a fine of 100 dollars for each further trespass. At this point, the in terrorem fine is coercive; it tends to motivate compliance with the decree. But if for any reason the defendant proceeds to trespass again, the fine is collected when the violation of the decree is complete. At the time of the collection, then, it is not coercive, and, since the fine was fixed a sum in excess of the plaintiff's probable damages in order to make it in an effective threat, the fine is not an accurate reflection of those damages and hence not remedial.*³⁷⁴

³⁷³ DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*, v. 56, 1971, p. 276.

³⁷⁴ DOBBS, *Ibid.*, p. 276.

Como é possível perceber, sob esse enfoque, no momento de sua cobrança, a multa não é nem compensatória (já que não equivale aos prejuízos experimentados pela parte), nem coercitiva (pois se a ordem restou violada, a cobrança da multa sanciona um ato ou uma omissão pretérita).

Por isso é que Dobbs compara a multa com a prisão coercitiva por prazo determinado (“*suspended jail sentence for a definite term*”). Ambos se assemelham por serem coercitivos apenas no momento em que a Corte anuncia a possibilidade de recurso a tais mecanismos para a eventualidade de a ordem não ser cumprida; já no momento em que entram em funcionamento (vale dizer, por ocasião do encarceramento e da cobrança da multa), as sanções manifestam apenas o caráter punitivo.³⁷⁵

Nada obstante tais críticas, Dobbs reconhece a utilidade prática da multa coercitiva. Além de ser menos suscetível a arbitrariedades do que a prisão civil, a multa encontra profícuo campo de aplicação nas hipóteses em que a prisão não se mostra adequada. Evidência de sua efetividade reside no fato de que sua utilização de tem sido chancelada por diversas Cortes.³⁷⁶

Assim, quando as ordens judiciais (*injunctions* ou *decrees of specific performance*) não são observadas espontaneamente, surge para o autor o interesse primário de que tal decisão venha a ser concretizada, mesmo diante da resistência de seu destinatário. E isso, como demonstrado, pode ser alcançado por intermédio da multa (*fine*), isto é, por um meio executivo destinado a influenciar a vontade do devedor e induzi-lo a cumprir espontaneamente a decisão judicial que lhe é imposta.³⁷⁷

³⁷⁵ DOBBS, *Ibid.*, p. 276.

³⁷⁶ “Fines were initially perceived as serving an exclusively punitive function for breaches which had already occurred at the time the court ordered the payment of the fine; gradually there has been a tendency to use the fine as coercive remedy whereby the court intimates to the transgressor or would be transgressor that if he or she engages, or continues to engage, in conduct in breach of an order, the court will fine him or her at specified *per diem* rate.” (THE LAW REFORM COMMISSION. **Consultation paper on contempt of court.** Dublin: The law reform commission, 1991, p. 387).

³⁷⁷ Confira-se a abordagem do relatório do governo australiano sobre o contempt of court “In the event of continuing non-compliance, the court may impose a fine, assessed on a periodic basis,

No que toca à cadência da multa, os precedentes apontam para a cominação por dia de descumprimento (*per diem rate*) ou por violações praticadas³⁷⁸. Nesse aspecto, como é possível supor, a incidência da multa tem início com a violação da ordem judicial e se encerra tão-logo esta venha a ser obedecida.³⁷⁹

Para a fixação do valor da multa, a Corte deve levar em conta os seguintes critérios:³⁸⁰ a) o efeito da violação; b) a frequência do descumprimento, isto é, se trata de uma desobediência isolada ou se reflete uma postura de renitência reiterada; c) os recursos do réu a fim de que este se sinta pressionado pela incidência da multa e d) a necessidade do autor.

A propósito, tenha-se claro que, quando a multa tem função de meio executivo, é fora de dúvida que seu produto é revertido para o Estado, ao passo que, quando sua função é compensatória coercitiva, o valor acumulado beneficia a parte prejudicada pelo descumprimento da ordem

Muito embora os processos por *civil contempt* sejam instaurados pela parte, a escolha do meio executivo mais apropriado ao caso concreto encontra-se integralmente no campo da discricionariedade judicial. Aliás, num sistema historicamente caracterizado pela atipicidade dos meios executivos e no qual o descumprimento das decisões judiciais é sentido como uma afronta à administração da justiça, não se poderia cogitar que a eleição do meio executivo fosse deslocado para o campo de responsabilidade das partes.

which accrues for the term of the disobedience. This is a particularly useful sanction against corporate offenders and should be retained. However, the amount payable per day and the aggregate amount should be subject to upper limits, and the total amount payable under the order should be determined by a court.” (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. **Contempt: Report n. 35**. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1987, p. 293).

³⁷⁸ DOBBYN, **Injunctions**, p. 224.

³⁷⁹ “Escrevendo sobre o modus operandi da multa, Dobbyn exemplifica que “if a labour union is in violation of a court order enjoining a strike, the court might impose, by way of civil contempt, a conditional fine of \$5000 a day for every day in the future that the union continues its violation.” (DOBBYN, **Injunctions**, p. 224).

³⁸⁰ MILLER, **Contempt of court**, p. 446.

Portanto, a multa não é aplicada de ofício justamente porque sua incidência depende da instauração pela parte do *civil contempt proceeding*. Assim que este houver sido instaurado, cabe ao órgão jurisdicional eleger o meio executivo que melhor se harmonize com a situação conflitiva concreta.

É importante registrar, por fim, que, além da multa coercitiva acima tratada, a multa no processo de *civil contempt* pode ter finalidade compensatória.

Escrevendo sobre o tema, Dan Dobbs acentua que a “*civil fine*, que é paga para a parte adversa, pode servir como reparação pelos prejuízos experimentados em função da violação da ordem pelo ordenado.”³⁸¹ Nessa hipótese, a importância da multa é fixada com base no prejuízo proporcionado ao autor pelo descumprimento da decisão judicial.³⁸²

Além da multa coercitiva, como assinalado preliminarmente, dois outros meios compõem o arsenal de meios executivos da tradição jurídica anglo-americana: a prisão e o seqüestro.

No tocante à prisão com finalidade coercitiva, sua decretação é realizada por tempo indeterminado. Assim, sua duração depende de quanto tempo o *contemnor* se mantiver em desacordo com a decisão judicial.

Confira-se a explicação de Miller nesse tocante:

Formalmente *civil contempt* por não cumprimento da ordem judicial poderia ser tratado pela prisão por determinado tempo ou por um lapso temporal indeterminado. A forma da ordem de prisão e sua duração dependem do propósito em que a prisão foi empregada. A prisão por tempo determinado era apropriada quando o objetivo era punir por ato de desobediência pretérito. Contudo, quando a prisão estava sendo empregado com finalidade coercitiva ou *remedial* a indefinição de seu prazo deveria ser preferida a fim de incentivar o cumprimento da ordem original.³⁸³

Ainda com base nas lições de Miller, fica claro que a prisão por tempo indeterminado é o mecanismo apropriado quando se quer coagir ao cumprimento. Uma

³⁸¹ DOBBS, *Contempt of court: a survey*, p. 275. Ver ainda: DOBBYN, *Injunctions*, p. 226.

³⁸² DOBBYN, *Injunctions*, p. 226-227.

³⁸³ MILLER, *Contempt of court*, p. 30-31.

série de importantes precedentes formados pelas Cortes norte-americanas tem reforçado tal linha de compreensão.³⁸⁴

Merece especial menção o caso *In Re Nevvit*, no qual se constatou que, nos casos de prisão por termo indeterminado, o próprio *contemnor* “*carries the keys of his prison in his own pocket*”. Reforçando tal perspectiva, em *Gompers v. Buck Stove and Range Co.*, a Suprema Corte dos Estados Unidos compreendeu que a prisão com duração pré-fixada não atinge o propósito de coerção ao cumprimento pois a chave da prisão não está na mão do renitente;³⁸⁵ ao contrário, com a prisão por período indeterminado, o demandado “*can end the sentence and discharge himself at any moment by doing what he had previously refused to do.*”³⁸⁶

Portanto, assim que o *contemnor* cumpre a ordem judicial diz-se que ele purga o *contempt* e deve ser imediatamente solto.

Ainda no plano dos meios executivos de coerção indireta, merece referência o seqüestro (*sequestration*) utilizado especialmente no ordenamento inglês e australiano. Sua sistemática é muito semelhante a da prisão coercitiva, exceto pelo fato desta incidir sobre a pessoa, e aquele sobre bens.

Sua aplicação consiste na apreensão temporária de bens do *contemnor* que permanecerão aos cuidados de um depositário (*sequestrator*).

O seqüestro de bens e ativos do *contemnor* é determinado pela Corte como um meio de induzir coercitivamente ao cumprimento. Consoante Miller, o *writ of sequestration* “*binds all the real and personal property of the contemnor, denying him the ability to dispose of it or to enjoy it without let or hindrance.*”³⁸⁷

³⁸⁴ MILLER, **Contempt of court**, p. 31

³⁸⁵ “If the sentence is limited to imprisonment for a definite period, the defendant is furnished no key, and he cannot shorten the term by promising not to repeat the offense. Such imprisonment operates not as a remedy coercive in its [221 U.S. 418, 443] nature, but solely as punishment for the completed act of disobedience.” (*Gompers v. Bucks Stove & Range Co.* (1911) 221 U.S. 418).

³⁸⁶ *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.* (1911) 221 U.S. 418.

³⁸⁷ MILLER, **Contempt of court**, p. 446.

Não se deve confundir, todavia, o seqüestro de bens com o confisco, nem se imaginar que os bens seqüestrados poderão ser objeto de execução por expropriação. Tratando-se o seqüestro de uma medida com escopo coercitivo, seus efeitos são mantidos enquanto o *contemnor* resistir ao cumprimento da ordem. Vencida a relutância do *contemnor*, os bens constrictos retornam a sua esfera de disposição.

Essa questão foi tratada de forma clara no caso *Australian Consolidated Press v. Morgan*:

When the property of the contemnor is actually sequestred and held under sequestration it is not confiscated. The contemnor is deprived of the enjoyment of his rents and profits for the duration of the sequestration; but he does not forfeit his property in them. When whatever is considered necessary to clear the contempt has been done, the sequestration is discharged order of the Court; and the sequestrators must then give up possession on having their costs and expenses.

O que pode ocorrer é que o bem venha a ser alienado para o fim de reembolsar as despesas suportadas pelo depositário com a manutenção e conservação do bem quando há recusa do *contemnor* em custeá-las.³⁸⁸

Além disso, uma aplicação interessante do seqüestro é justamente a de funcionar como meio de execução da multa por *contempt of court*. Melhor explicando: tendo havido a fluência da multa em função do não cumprimento da ordem imposta, pode a Corte promover o seqüestro de bens do renitente a fim de forçá-lo ao pagamento do resultado da multa. O seqüestro é limitado à quantidade de bens suficientes para fazer frente ao produto acumulado a título de multa.³⁸⁹ Assim, se o renitente menospreza os efeitos da incidência da multa, ficará privado de seus bens até que o valor devido seja pago.

É importante frisar, em última análise, que as medidas coercitivas examinadas, embora sejam as mais usuais, não são as únicas possíveis. Em certas circunstâncias, o renitente pode sofrer restrição de direitos processuais (p. ex: ter negado o direito de

³⁸⁸ MILLER, *Contempt of court*, p. 447.

³⁸⁹ MILLER, *Contempt of court*, p. 447.

apelar ou mesmo o de ajuizar uma ação civil enquanto permanecer em *contempt*). Segundo Dobbs, não há barreiras teóricas para outros tipos de sanções, pelo menos em relação aos processos por *civil contempt*, o que serve para certificar, sobretudo, a sua função coercitiva.³⁹⁰

Aliás, a versatilidade do *contempt of court* como meio executivo reside justamente na sua adaptabilidade aos diversos casos conflitos. Com efeito, por intermédio deste recurso, outorga-se ao órgão jurisdicional um inigualável poder de adequar a técnica executiva segundo as vicissitudes do caso concreto.

Não é por outra razão que Joseph Moskovitz refere-se ao *contempt of court* como sendo o “*Proteus of the legal world, assuming an almost infinite diversity of forms.*”³⁹¹

³⁹⁰ DOBBS, op. cit., p. 267.

³⁹¹ MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. **Columbia Law Review**, v. 43, 1943, p. 780.

6 A MULTA NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

6.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente capítulo tem como objetivo o estudo da multa coercitiva presente na sistemática processual brasileira. O interesse específico dirige-se à sistematização desse meio executivo tendo em vista os questionamentos e as discrepantes interpretações que seu emprego tem suscitado, tanto no terreno doutrinário quanto na seara jurisprudencial. Para tanto, cumpre examinar, dentre outros aspectos, a função sistêmica da multa, a sua natureza e características, o seu campo de aplicação, as hipóteses de seu cabimento, a possibilidade de sofrer modificações, assim como os influxos que tal meio executivo sofre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Dentro desse desígnio de cunho preponderantemente dogmático, e sempre lançando mão de uma perspectiva criticamente preocupada com as formas de tutela necessárias à proteção do direito material, não se poderá prescindir de uma análise pontual dos dispositivos legais que regulamentam a aplicação da multa, assim como das bases doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes ao tema.

6.2 RECENTE EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Impende-se, de antemão, deixar claro que, contemporaneamente, o crescente interesse no estudo da multa desenvolveu-se de forma mais acentuada no período que se seguiu às reformas processuais realizadas nos anos de 1994³⁹², 2001 e 2002.³⁹³

Sem dúvida alguma, o novo formato dado ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, aos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil

³⁹² O art. 461 do Código de Processo Civil surgiu com a Lei n. 8.952/194.

³⁹³ Faz-se referência às leis n. 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002.

acabou por outorgar ao juiz poderes para criar condições, dentro do processo, para que ao réu pareça mais vantajoso cumprir a ordem judicial do que se submeter às sanções decorrentes de sua renitência.

A multa prevista neste dispositivo tem exatamente a função de demonstrar ao réu que o descumprimento pode ser extremamente desvantajoso, na medida em que poderá dar ensejo à aplicação contínua da sanção pecuniária. Trata-se, pois, de um meio de coerção psicológica exercida em face do demandado, materializado mediante multa pecuniária, tendente a induzir o cumprimento na forma específica.

Articuladas essas sintéticas noções preliminares, impende traçar, sucintamente, um histórico da recente evolução legislativa do instituto no direito brasileiro.

Anteriormente às aludidas reformas do Código de Processo Civil, que culminaram na introdução e aperfeiçoamento da multa coercitiva na atual sistemática processual, outros dispositivos, contidos em subsistemas legais específicos, já haviam previsto a possibilidade de o juiz fixar multa cominatória objetivando exercer pressão sobre a vontade do réu e, assim, obter a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

O Código de Processo Civil de 1939, por exemplo, já a previa nas ações cominatórias, reguladas pelos arts. 302 a 310, bem como nas ações possessórias e na ação de nunciação de obra nova, assim como faz o diploma processual vigente.³⁹⁴ O art. 1.005 desse mesmo diploma dispunha que: “Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute,

³⁹⁴ Em relação à sistemática processual anterior, explica Moacyr Amaral Santos: “O processo cominatório serve de instrumento às ações que visam o adimplemento das obrigações de fazer e não fazer. Destinam-se tais ações ao accertamento da obrigação e à condenação do obrigado ao seu cumprimento.” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações cominatórias no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, t. I, p. 185). Cf.: CRIBARI, Giovanni. Execução específica – Obrigações de fazer, de não fazer e prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. **Revista de processo**, n. 10, 1978; GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 151-156.

dentro do prazo que fixar, sob a cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.”

O Código de Processo Civil de 1973 deixou de incluir o procedimento especial das ações cominatórias, fazendo com que os pedidos voltados à tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer se processassem pelo rito comum (art. 287). Porém, o diploma de 1973 manteve “a cominação de penas pecuniárias ao obrigado desobediente ao comando contido em sentenças condenatórias por uma dessas obrigações específicas.”³⁹⁵

Na sistemática processual original, na qual não se contemplava a sentença mandamental, o pedido de cominação da pena pecuniária, a teor do antigo art. 287, constituía um ônus que recaía sobre o autor, sem o qual ele não poderia obter, no processo de execução de obrigação de fazer ou de não fazer subsequente, a cominação da multa prevista nos arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil.³⁹⁶

A multa, consoante explica Candido Rangel Dinamarco, para que fosse empregada no processo de execução, dependia de previsão na sentença condenatória. Por sua vez, a multa só constaria na sentença caso houvesse pedido expresse (princípio da correlação entre sentença e demanda, art. 128 e 460).³⁹⁷

Além disso, no sistema ab-rogado, a multa pecuniária submetia-se a duas ordens de limitações: encontrava campo de aplicação restrito às obrigações infungíveis e somente tinha operacionalidade para o caso de descumprimento da sentença.

³⁹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma da reforma**, p. 242.

³⁹⁶ Veja-se o dispositivo em sua redação primitiva: “Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).” Ver ainda: ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 565.

³⁹⁷ DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 242. Assim conclui o processualista: “No sistema ab-rogado, que é o tradicional e ainda vigente na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, (a) o autor pedia a cominação de multa, cumulado com o pedido principal por um fazer ou uma abstenção, (b) o juiz impunha essa cominação, em cúmulo com a condenação principal, (c) ao fazê-lo, fixava o dia a partir do qual as *astreintes* começavam a incidir, e então: (d) ou o obrigado cumpria (e) ou o autor promovia a instauração de formal processo de execução. Mas, sem pedido um pedido específico já houvesse sido feito na petição inicial do processo de conhecimento, nenhuma pena poderia se imposta ao renitente (arts. 284 e 644-645, red. original).”

A debilidade do sistema, apesar de notória aos olhos do jurista de hoje, perdurou por anos sem que lhe fossem dirigidas críticas consistentes, tal como as contemporaneamente elaboradas por Luiz Guilherme Marinoni e que conduziram à alteração do teor do art. 287.

De acordo as reflexões desse autor, “o art. 287 reserva a incidência da multa ‘para o caso de descumprimento da sentença’, desconsiderando que o ilícito pode ser praticado antes do término do processo de conhecimento. Tal falta de cuidado torna-se ainda mais evidente quando se percebe que a multa somente poderá ser imposta após a sentença do processo de conhecimento ter sido submetido à aprovação do tribunal. O tempo necessário ao término do processo de conhecimento é completamente incompatível com as situações de direito material que exigem tutela preventiva.”³⁹⁸

De outra parte, como assinala Marcelo Lima Guerra, o condicionamento do emprego da multa ao requerimento da parte reflete “uma concepção do processo de cunho preponderantemente privatístico”.³⁹⁹

Gradualmente, a consciência da necessidade de participação do demandado para a obtenção da tutela específica do direito e da debilidade e insuficiência do sistema executivo tradicional inspirou o legislador a formatar novas técnicas executivas, dentre as quais se destaca a multa.

Atualmente, a Lei que disciplina a ação civil pública (Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985) determina que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11).

³⁹⁸ MARINONI, **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 7, nota do autor à 2. edição.

³⁹⁹ E complementa o autor: “De fato, a doutrina considerava, em coerência com essa visão, que a ausência de pedido de multa diária, não ação tendente à tutela específica de obrigação infungível, dava causa à inépcia da inicial.”(GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 160).

Assim, de acordo com esse diploma, tanto para a imposição de uma conduta positiva (“prestação da atividade devida”) quanto de uma abstenção (“cessação de atividade nociva”), é lícito ao juiz, até mesmo de ofício, cominar multa diária ao réu.

É preciso recordar ainda que, no ano de 1985, uma comissão designada pelo Ministro da Justiça, composta por Luiz Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sergio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Kazuo Watanabe, elaborou um projeto de modificação do Código de Processo Civil, cuja proposta consistia na criação de uma ação denominada tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer.⁴⁰⁰ A redação do dispositivo que regulava essa ação especial, veio vazada nos seguintes termos:

Art. 889-A – Aquele que, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha da prática de algum ato, tolere ou permita alguma atividade, ou preste fato, poderá pedir ao juiz que defira a tutela específica da obrigação ou determine providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

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

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do § 3º 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.

§ 5º - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força pública.

A importância do Anteprojeto de 1985 pode ser mensurada à luz de sua influência nos diplomas legais subsequentes. Várias legislações, aderindo à proposta

⁴⁰⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.

contida no Anteprojeto de 1985, passaram a ter dispositivos tendentes a promover a tutela do direito na forma específica.

Já em 1990, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), houve a plena adoção do legislador pelo critério da tutela específica, assim como pela utilização da multa como meio executivo para induzir ao cumprimento *in natura*.⁴⁰¹

Nesse mesmo ano ainda, com a entrada em vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), outro diploma processual incorporou a sistemática da execução por meio de multa.⁴⁰²⁻⁴⁰³

No ano de 1994, a Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94) absorveu a mesma proposta e especificou um meio de execução ainda não previsto em outros diplomas legais - a

⁴⁰¹ Dispõe o art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“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 do adimplemento. § 1º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 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. § 3º - A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento.”

⁴⁰² “Art. 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. § 2º - A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287 do CPC). § 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º - O juiz poderá, na hipótese do § 3º 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. § 5º - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

⁴⁰³ Em comentário ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, Luiz Guilherme Marinoni afirma que, visando a obtenção da tutela específica, “o juiz poderá, na hipótese de tutela antecipatória ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando o prazo razoável para cumprimento do preceito.” “(MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000, p. 95).

intervenção na empresa - para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (arts. 62 e 69 a 78).⁴⁰⁴

Finalmente, com a promulgação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o Código de Processo Civil, com algumas diferenciações, absorveu a sugestão do Anteprojeto de 1985, passando a vigor como disciplina geral relativa à tutela dos direitos dependentes da prestação de um fazer ou de um não fazer e como um sistema executivo que opera, especialmente, mediante a execução por meio de multa.⁴⁰⁵

Se, de um lado, é inegável que o art. 461 do Código de Processo Civil é, hodiernamente, a via genérica para obtenção a tutela dos direitos dependentes de um fazer ou de uma abstenção, servindo de marco regulatório tanto para as demandas disciplinadas exclusivamente pelo Código de Processo Civil, quanto para aquelas que encontram previsões especiais; de outro, é correto afirmar que o art. 461 configura a principal e mais essencial previsão de execução por meio de multa.

Dessa sintética exposição, duas ilações despontam de imediato: em primeiro, nota-se que a previsão da possibilidade de utilização da multa como meio executivo preordenado para a efetivação das decisões judiciais não é completa novidade no direito processual brasileiro; em segundo lugar, os vários dispositivos acima referidos, afora conceberem uma técnica processual apta para obtenção da tutela específica ou o resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer, incorporam definitivamente em nosso sistema a utilização da multa como meio executivo de efetivação das decisões.

⁴⁰⁴ “Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, 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 do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.”

⁴⁰⁵ É bem verdade, no entanto, que, com a criação do art. 461, ao invés de conceber uma ação especial, exatamente nos termos do projeto, o legislador “preferiu criar um *procedimento especial* de processo de conhecimento para a tutela das obrigações de fazer ou não fazer.” (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40).

Caberá agora compreender, de forma crítica, a função da multa coercitiva no âmbito da técnica processual autorizada pelo art. 461 do Código de Processo Civil.

6.3 FUNÇÃO DA MULTA NA ATUAL SISTEMÁTICA PROCESSUAL

Objetivando a promoção da efetividade do processo, a reforma processual de 1994 introduziu no Código de Processo Civil uma variedade de técnicas processuais tendentes a promover a tutela do direito material na forma específica.

Isso significa que a técnica processual sofreu consideráveis alterações objetivando a obtenção da tutela específica ou do resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com o adimplemento espontâneo do demandado,⁴⁰⁶ demonstrando a clara preocupação, impulsionada pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de se formatar a técnica processual em atenção às peculiaridades da realidade jurídica a ser atendida.

Nesse horizonte, o novo *caput* do art. 461, do Código de Processo Civil, passou a dispor que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

É essencial recordar, de acordo com o que foi tratado anteriormente⁴⁰⁷, que o art. 461 não se limita a prestar tutela jurisdicional da obrigação (de fazer ou de não fazer) inadimplida, mas viabiliza uma série muito mais extensa de tutelas

⁴⁰⁶ Não se pode perder de vista que a tutela específica só poder se compreendida em função das peculiaridades do direito substancial. Assim, como explica Marinoni, se se tratar de obrigação contratual, “a tutela específica, em princípio, é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja a obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não-fazer. A tutela que confere ao autor o desfazimento daquilo que não deveria ter sido feito é a tutela específica da obrigação de não-fazer. Quando se teme a reiteração do descumprimento de uma obrigação de fazer ou não-fazer, a tutela específica se destina a impedir o devedor de voltar a inadimplir também a tutela específica.”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000, p. 67).

⁴⁰⁷ Ver Capítulo 3.

jurisdicionais (p. ex: tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória na forma específica, dentre outras). É lícito afirmar, nessa ordem de idéias, que o sistema executivo do art. 461 viabiliza a concretização da tutela daqueles direitos dependentes de um fazer ou de um não fazer do demandado, independentemente de sua origem obrigacional ou não.

Ademais, tal artigo, afirma, ainda, que o juiz poderá, na hipótese de tutela antecipatória ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando o prazo razoável para cumprimento do preceito.

Facultou-se, portanto, ao juiz a utilização de meios de execução indireta, com a finalidade de compelir o réu a satisfazer espontaneamente a prestação devida.

Nesse passo, se, para a efetiva tutela do direito material, fizer-se necessário uma decisão que veicule ordem endereçada ao demandado a fim de promover o cumprimento da prestação ou abstenção devida (técnica mandamental), estará o juiz autorizado a impor multa por tempo de atraso.

Ao se compreender que o art. 461 do Código de Processo Civil tutela direitos que não se satisfazem com a técnica da execução por sub-rogação⁴⁰⁸, decorrente da sentença condenatória, torna-se mais evidente a necessidade sistêmica da técnica mandamental e seu manejo em conjunto com a multa periódica.

No tocante à sentença mandamental⁴⁰⁹, deixe-se claro que o conteúdo de tal provimento reside numa ordem dirigida a alguém visando um fato positivo ou negativo. Esse tipo de sentença - que “utiliza a força do Estado para estimular o

⁴⁰⁸ “Determinados direitos dependem, para sua efetiva tutela, do cumprimento de obrigações infungíveis. Tais direitos, como é óbvio, não podem ser tutelados através da execução por sub-rogação. A sub-rogação permite a tutela dos direitos que dependem do cumprimento de obrigações infungíveis. Um direito que dependente do cumprimento de fazer infungível ou de uma obrigação de não-fazer encontra meio processual adequado para a sua tutela na sentença que ordena o fazer ou não-fazer mediante uma ‘ameaça’ que possa levar o réu a adimplir voluntariamente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000, p. 71-72).

⁴⁰⁹ Sobre a sentença mandamental, ver item *infra*.

vencido a adimplir”⁴¹⁰ - correlaciona-se com formas executivas distintas daquelas que se correlacionam com a sentença condenatória. A sentença que contém ordem constringendo o demandado a fazer, não fazer ou a entregar a coisa relaciona-se reciprocamente com formas executivas qualificadas como de coerção indireta.

A técnica de coerção indireta opera mediante pressão sobre a vontade do devedor, que, em última instância, incidem sobre o seu patrimônio (multa) ou sobre sua pessoa (prisão coercitiva), a fim de vencer a sua inércia e resistência e, desse modo, levá-lo a cumprir voluntariamente.

A multa, enquanto meio de execução indireta, “implica ameaça destinada a convencer o rei a adimplir a ordem do juiz. A técnica mandamental, fundada na ordem e na multa, não se confunde com a técnica condenatória, ou mesmo com a técnica executiva ligada à coerção direta ou à sub-rogação.”⁴¹¹

Dessas considerações, é possível concluir, numa primeira acepção, que a multa coercitiva tem como desígnio influir na vontade do demandado, para que este espontaneamente cumpra certa determinação judicial. Semelhantemente à finalidade da *astreinte* no sistema francês, afirma-se que a função da multa brasileira é “pressionar psicologicamente o obrigado e conduzi-lo a optar por cumprir espontaneamente o preceito judicial mediante atos próprios.”⁴¹²

Sob esse prisma, a multa pecuniária corporifica um instrumento de coerção psicológica que se vincula à técnica mandamental de sorte a constringer ou estimular o destinatário da ordem a adotar a conduta desejada.⁴¹³

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v.3, p. 117.

⁴¹¹ MARINONI, **Tutela específica**..., p. 72.

⁴¹² GIANNICO, Maricé. Multa diária: jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 133, 2006, p. 154.

⁴¹³ Kazuo Watanabe, um dos idealizadores do Anteprojeto que inspirou às inovações do Código de Processo Civil, explica o seguinte: “A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação.”(WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, p. 47). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 397.

Alude-se, portanto, à multa como um meio executivo predisposto para a tutela do direito do credor.

Por outro viés, não raras vezes, invoca-se uma outra vertente funcional da sanção pecuniária. Parte da doutrina entende que a multa se manifesta também como um mecanismo de preservação da autoridade jurisdicional, de forma análoga ao que ocorre com o instituto do *contempt of court* no direito anglo-saxão.⁴¹⁴

Nessa linha, a multa operacionaliza-se por meio de ameaça de sanção que se impõe ao devedor que desobedece à ordem contida na decisão de natureza mandamental. A função da multa sofre vinculação à promoção do respeito à autoridade do Estado, portanto.

Não é por outra razão que vários dos doutrinadores que se debruçaram sobre esse tema, manifestam-se no sentido de que a multa coercitiva volta-se diretamente (mas não exclusivamente) à tutela do interesse do Estado.

Joaquim Felipe Spadoni, por exemplo, explica que o objeto imediatamente protegido pela imposição de multa é “o interesse público na efetividade das decisões jurisdicionais e no respeito à autoridade dos Tribunais”⁴¹⁵. Mais do que isso, esse autor afirma que o que autoriza a incidência da multa é a violação de uma obrigação processual que deriva da relação jurídica Estado-parte.⁴¹⁶

Segundo Rogério Cruz e Tucci, o art. 461 “protege o cumprimento da ordem proferida pelo juiz com medidas de apoio ou reforço. Dentre estas, o § 4.º permite, *ex officio*, a fixação de multa pelo inadimplemento da decisão antecipatória da tutela ou da própria sentença.”⁴¹⁷

⁴¹⁴ Para a compreensão das formas de execução por meio de multa no direito comparado, ver Capítulo 5.

⁴¹⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001. v. 2, p. 487.

⁴¹⁶ SPADONI, op. cit., p. 488.

⁴¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2002, p. 79.

Encontra-se ainda tal perspectiva nas lições de Sérgio Cruz Arenhart. Muito embora esse autor deixe claro que a função da multa “é compelir o sujeito passivo a cumprir uma determinação específica, tendo por objetivo atemorizar esta pessoa de forma a estimulá-la a comportar-se conforme ordenado”, seu estudo conduz e suscita maiores reflexões acerca da função da sanção pecuniária enquanto mecanismo de salvaguarda da respeitabilidade das decisões judiciais.

Sérgio Cruz Arenhart pronuncia-se no sentido de que a multa tem como escopo “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.”⁴¹⁸

Forte nesse argumento e opondo-se a grande parte da doutrina, Arenhart compreende que a multa brasileira, na medida em que tem como desígnio resguardar a autoridade da função jurisdicional, apresenta maior afinidade com o *contempt of Court* anglo-americano e com multa alemã (*Zwangsgeld*) do que propriamente com as *astreintes* francesas.⁴¹⁹

Tal postura, contudo, não é isenta de críticas. É o que se infere do estudo promovido por Guilherme Rizzo Amaral acerca das *astreintes* no direito pátrio⁴²⁰. Segundo esse autor, como as decisões que autorizam a cominação da multa coercitiva limitam-se à tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, não se poderia admitir que apenas nesse âmbito restrito da atuação jurisdicional houvesse o interesse de preservar a dignidade da justiça. Questiona o autor: “e quando o juiz manda que o réu pague determinada quantia? Não há interesse na proteção à dignidade da Justiça? Ou estas decisões são menos dignas?”⁴²¹

⁴¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 370.

⁴¹⁹ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 370.

⁴²⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes no processo civil brasileiro**. Porto Alegre, 2002. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 53.

⁴²¹ AMARAL, **As astreintes no processo civil brasileiro**, p. 54.

Para este autor, ao se admitir que as *astreintes* têm a função de preservar a autoridade das decisões judiciais, cria-se um problema para explicar como os demais pronunciamentos judiciais, que não são acompanhados da multa pecuniária, poderão ser respeitados. Segundo ele, “se o descumprimento de uma ordem judicial deve equipar-se à ofensa à *dignidade da Justiça*, não serão as *astreintes* que irão evitá-la.”⁴²²

Outra linha de argumentação contra a função da multa coercitiva como meio de preservação da dignidade da Justiça assenta-se no fato de o crédito gerado pela multa ser atribuído ao credor e, para além disso, conferir-se a este a faculdade de promover a execução da soma acumulada pela incidência da multa. Nessa linha, consoante Amaral, “difícil admitir que uma determinada sanção prevista em prol da dignidade da justiça e, portanto, em interesse do Estado, tenha seu último e derradeiro momento, a execução, conferida ao encargo de um particular (o autor).”⁴²³

Argumenta-se ainda que, se sanção pecuniária fosse pensada para promover a respeitabilidade das decisões, não haveria como desonerar o devedor em caso de sentença final contrária à ordem provisória.

Toda essa argumentação, como resta claro, visa demonstrar que a multa coercitiva não tem como escopo preservar a dignidade da Justiça, mas sim exclusivamente tutelar o direito da parte.

Contudo, antes de se tomar uma posição a respeito dessa questão, o que se pretende aqui é justamente, por meio do cotejo dessas posições teóricas, deixar claro que a definição da finalidade precípua da multa tem implicações teóricas e práticas que não podem ser descuidadas.

Partindo do pressuposto que a função exclusiva da multa é tutelar o direito do autor, Guilherme Rizzo Amaral conclui que o crédito da multa, assim como ocorre no sistema francês, é conferido ao credor e, ademais, que o crédito gerado pela incidência

⁴²² AMARAL, *As astreintes no processo civil brasileiro*, p. 54.

⁴²³ AMARAL, *As astreintes no processo civil brasileiro*, p. 54.

de multa fixada em decisão provisória só será exigível caso essa venha a se tornar definitiva.

Por sua vez, partindo de premissas distintas, Arenhart entende que é o Estado quem faz jus ao crédito da multa e que a falta de reconhecimento do direito do autor não implica em desobrigar o réu do pagamento do valor acumulado pela incidência da multa.

Essa parece ser também a visão de Joaquim Spadoni, quando afirma que “o que autoriza a exigibilidade da multa pecuniária é a violação da ordem judicial”.⁴²⁴ Dessa premissa, o autor faz derivar o seguinte raciocínio: “se o réu não atender à decisão eficaz do juiz, estará desrespeitando a sua autoridade, ficando submetido ao pagamento da multa pecuniária arbitrada, independentemente do resultado definitivo da demanda.”⁴²⁵

Pode-se vislumbrar, portanto, que, por razões de coerência teórica, a definição de finalidade precípua da multa traz efeitos diretos no estabelecimento do beneficiário da multa, assim como na possibilidade de se desobrigar o devedor pelo crédito gerado em função da incidência da multa em caso de sentença final contrária à ordem provisória.

Além disso, mostra-se perceptível que a questão envolvendo a finalidade primordial da multa e suas conseqüências variará de acordo com a maior ou menor adesão à experiência francesa.⁴²⁶ Autores que vêem a multa diária como forma de

⁴²⁴ SPADONI, A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001. v.2. p. 500.

⁴²⁵ SPADONI, op. cit., p. 500.

⁴²⁶ Questão de grande interesse, mas que foge ao objetivo desse trabalho, reside na compreensão das razões que levaram os juristas pátrios a aderir à experiência francesa. Sobre o tema, Eduardo Talamini assevera o seguinte: “Supõe-se que ta orientação tenha prevalecido por direta influência do direito francês e do ‘Projeto Carnelutti’ (arts. 667 e 668) de reforma do processo civil italiano (...). Por certo, também contribuíram para tanto os antecedentes luso-brasileiros da multa – a ‘pena’ do título 70 do livro IV das Ordenações Filipinas e a ‘cominação pecuniária’ do art. 1.005 do Código de 1939, cuja natureza indenizatória ou coercitiva era controvertida.”(TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: RT, 2001)

proteção da autoridade do Estado, tendem a ser mais receptivos às influências do direito germânico ou anglo-saxão.

No que toca à ampla aceitação existente na doutrina de que multa brasileira deve se espelhar nas *astreintes* francesas, vale a pena registrar aqui a crítica cunhada por Sérgio Cruz Arenhart:

Realmente, calha observar de pronto que a multa coercitiva brasileira, embora tenha inspiração nos dois sistemas mencionados [francês e alemão], não poder se confundida com nenhuma das figuras presentes nestes. Essa observação é fundamental porque o direito brasileiro, diante da ausência de previsões específicas a propósito da disciplina dessa multa, acaba por aplicar, sem maiores preocupações, a experiência do sistema francês, desvirtuando em muito a função e a tipicidade do meio de pressão nacional. Seguir, sem nenhuma razão adequada, o caminho estabelecido pela *astreinte* francesa no sistema nacional é, com efeito, grande equívoco, já que carece de fundamento hermenêutico razoável (não há nenhuma regra que admita a aplicação subsidiária do direito francês ao brasileiro), gerando ademais sérias distorções na harmonia no ordenamento pátrio.⁴²⁷

Essa sensata observação exige do intérprete maior prudência na assimilação de elementos do direito estrangeiro. Se de um lado, é inegável o benefício que o ordenamento pátrio tem experimentado ao incorporar lições de países que detêm longa tradição no emprego das medidas coercitivas; de outro, não se pode deixar de concordar que, afora a influência histórica, inexistente fundamento legal ou hermenêutico que justifique a aplicação da sistemática da multa francesa em relação ao ordenamento processual pátrio.

Diante de todas essas considerações, parece apropriado que se procure delimitar, ao menos de forma provisória, a finalidade da multa no direito brasileiro.

⁴²⁷ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 351.

Em sentido análogo têm-se as observações de Maricé Giannico, notadamente ao enfrentar a questão do beneficiário da multa: “O Código de Processo Civil foi omissivo em relação ao tema, deixando a jurisprudência livre para buscar a solução nas precursoras lições do direito francês, que reconhece na *astreinte* um caráter provido de sanção pecuniária destinada a favorecer o credor, e não o Estado. Assim prevalece entre nós o entendimento de que o valor da multa diária reverte em benefício do credor da obrigação.” (GIANNICO, Maricé. Multa diária: jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 133, 2006, p. 154).

Parece aconselhável, diante da omissão do legislador nesse âmbito, aderir-se à tese segundo a qual a multa coercitiva no direito brasileiro apresenta um caráter híbrido em função da influência sofrida do direito francês, alemão e anglo-saxão.⁴²⁸

Diante dessa fusão de experiências estrangeiras na formatação da multa nacional, é lícito afirmar que a função da multa não pode ser dissociada de seus desígnios antes mencionados. Vale dizer, ao mesmo tempo em que é nítida sua função coercitiva, ou seja, sua feição de instrumento constrangimento da vontade do devedor para obtenção da tutela específica do direito, a multa também demonstra clara aptidão para promover a respeitabilidade das decisões judiciais.

A questão torna-se evidente quando se constata que o fato gerador da multa é o próprio descumprimento da ordem judicial e, por via de consequência, sua incidência é decorrência direta da desobediência ao comando judicial.⁴²⁹

Merece referência, nesse contexto, a reflexão de Luiz Guilherme Marinoni:

A multa, ainda que imediatamente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa precipuamente, a garantir a efetividade das decisões do juiz. Sem a multa não seria possível ao estado exercer plenamente a atividade jurisdicional, até porque a sentença mandamental se constituiria em mera recomendação, a refletir a falta de capacidade do Estado para tutelar efetivamente os direitos. É ela, portanto, instrumento indispensável para o Estado exercer seu poder.⁴³⁰

Do ponto de vista de Marinoni, portanto, é possível estabelecer a separação entre a função imediata e mediata da multa. Enquanto sua função imediata corresponde à obtenção da tutela do direito do autor, a função mediata consiste na efetivação da decisão do juiz, vale dizer, na preservação do exercício do poder estatal.

⁴²⁸ Assim explica Sérgio Cruz Arenhart: “Em vista desses dois sistemas, pode-se facilmente perceber que o direito brasileiro optou por criar um híbrido deles, formando um *tertium genus*, típico do sistema nacional.” (ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 351-352).

⁴²⁹ Cf.: SPADONI, A multa na atuação das ordens judiciais, p. 500; ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 367-378; TUCCI, **Lineamentos da nova reforma do CPC**, p. 79.

⁴³⁰ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 222.

E esse, terminantemente, não é um ponto de vista isolado no âmbito doutrinário nacional⁴³¹. Aliás, mesmo em relação à multa francesa, João Calvão da Silva assevera “a *astreinte* é um modelo coercitivo em expansão, dotado da força das coisas imparáveis, que simultaneamente potencia o prestígio dos tribunais e conduz ao cumprimento das obrigações.”⁴³² De modo mais enfático, Roger Perrot vê como escopo da *astreinte* “*quello di sanzionare una disobbedienza ad un ordine del giudice*”⁴³³.

Calha observar que, enquanto as normas de direito material, além de outras funções desempenhadas, conferem direitos (p. ex.: direito de crédito, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), a multa predisposta no art. 461 do Código de Processo Civil liga-se ao descumprimento de uma ordem judicial que, por seu turno, tornou-se necessária devido à inobservância ou à ameaça de inobservância de uma obrigação ou dever legal conferido pelo direito material, levando aquele que foi

⁴³¹ Essa função dúplice da multa periódica, também parece ser endossada por Candido Rangel Dinamarco, consoante se infere da seguinte argumentação: “Todos os dispositivos que impõem a sanção de multas periódicas (*astreintes*) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária. Por isso mesmo, as multas costuma associar-se ao instituto do *contempt of court*, considerado que o descumprimento de ordens judiciais importa a insubordinação à autoridade e não só a lesão ao credor.” (DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 235).

Sob outro prisma, analisando as conseqüências do descumprimento das ordens judiciais - entre elas, as providências puramente *processuais*, as *disciplinares* (multa e prisão do devedor) e as penais-, José Carlos Barbosa Moreira enfatiza que algumas dessas providências (por exemplo, as multas e a própria prisão do litigante) “comportam utilização, conforme o caso, em caráter coercitivo ou em caráter repressiva”. Portanto, também do ponto de vista de Barbosa Moreira, é inegável que as providências disciplinares (como é caso da multa) podem encerrar tanto função coercitiva quanto repressiva. Ao que tudo indica, a repressão a que alude o autor diz respeito à contenção, à inibição, de atos que impliquem no descumprimento das ordens judiciais. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, 1989, p. 165).

Marcelo José Magalhães Bonicio entende que o comportamento do devedor que descumpre uma decisão judicial é mais grave do que o comportamento que frustra a obrigação subjacente “porque atinge *também* a autoridade das decisões”. (BONICIO, Marcelo José Magalhães. Análise do sistema de multas previstas no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 118, 2004, p. 30).

⁴³² SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 379.

⁴³³ PERROT, Roger. Le coercizione per dissuadione nel diritto francese. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 1996, p. 667.

prejudicado ou que se sente ameaçado de sofrer violação a requerer tutela jurisdicional.

Portanto, a indissociabilidade da função executiva da multa (imediata) e conservativa do poder estatal⁴³⁴ (mediata) reside na correspondência recíproca entre a obediência à determinação judicial e o alcance da tutela do direito. A propósito, no direito comparado, Enzo Vullo endossa essa opinião ao afirmar que a *astreinte* “*trova la propria giustificazione sia nell’interesse privatistico del creditore all’adempimento, sia nel valor sociale dell’obediencia ai provvedimenti giudiziari*”.⁴³⁵

Essa parece ser, em conclusão, à luz das peculiaridades e da constituição da multa brasileira, a solução mais consentânea.

6.4 NATUREZA JURÍDICA

Tratar da natureza jurídica de um instituto significa tratar de sua essência, de sua compleição. Natureza jurídica, desse modo, corresponde à afinidade que um instituto tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação.

Quando se pensa na natureza da multa é de unânime aceitação que ela configura um meio executivo⁴³⁶ caracterizador da técnica da coerção indireta ou, simplesmente, meio de execução indireta.⁴³⁷ Isso porque se trata de um mecanismo

⁴³⁴ Conforme a lição de Joaquim Felipe Spadoni, trata-se da “função protetora da atividade jurisdicional”. (SPADONI, op. cit., p. 496).

⁴³⁵ VULLO, Enzo. L’esecuzione indiretta tra Itália, Francia e Unione Europea. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 2004, p. 762-763.

⁴³⁶ É esclarecedora, nesse sentido, a reflexão de Marinoni e Arenhart: “A multa, nesse caso, é meio de execução da sentença que concede a tutela inibitória, sendo equivocado supor que a execução somente existirá quando, havendo inadimplemento da sentença, desejar-se cobrar o valor da multa. Note-se que há uma grande diferença entre ter a multa como meio de execução da sentença e a multa como valor a ser executado por meio de expropriação. Em um caso a multa é meio de execução; no outro ela é objeto da execução.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 113).

⁴³⁷ GUERRA, **Execução indireta**, p. 188; TALAMINI, **Tutela relativa dos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**, p. 232; GRINOVER, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, p. 256; WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das

coercitivo que objetiva induzir o próprio réu ao cumprimento da ordem judicial.⁴³⁸ Diferentemente da execução direta, em que o emprego de meios sub-rogatórios dispensa a participação do réu⁴³⁹, a técnica de execução indireta - isto é, a técnica que opera mediante meios de constrangimento - atua diretamente sobre vontade do réu, por meio de mecanismos de pressão psicológica, para compeli-lo ao cumprimento espontâneo da prestação devida.

Utiliza-se para os fins desse estudo, a definição de meio executivo elaborada por Giuseppe Chiovenda. Segundo o processualista italiano, meios executivos são “as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito”.⁴⁴⁰

É oportuno esclarecer ainda que Chiovenda estabelece uma nítida separação entre meios executivos que operam por meio de coação e por meio de sub-rogação. A multa, como se pode supor, situa-se na primeira categoria:

Esses meios executivos podem dividir-se em meios de coação e de sub-rogação. a) Meios de coação. Dizem-se os meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com a participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que o deve. Tais são as multas; o arresto pessoal; os seqüestros com função coercitiva. b) Meios de sub-rogação. Meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado. Tais a apreensão direta das coisas determinadas a que o credor tenha direito; a apreensão das coisas móveis ou

obrigações de fazer e não fazer, p. 47. Analisando as ações cominatórias no Código de Processo Civil de 1939, ações estas que visavam o adimplemento das obrigações de fazer ou não fazer, Amaral Santos explicava que por meios de coação “se entendem aqueles de que usam os órgãos jurisdicionais, a pedido do credor, pro disposição de lei ou de contrato, a fim de conseguir o cumprimento específico da obrigação pelo próprio devedor; são meios que ‘tendem a influir sobre a vontade do obrigado para que se decida a prestar o que deve’. Meios de coação, não direito pátrio, são a cláusula penal, as multas, as penas pecuniárias e as legais.” (SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 188)

⁴³⁸ Sua função é eminentemente coercitiva, isto é, o seu objetivo é vencer o réu a cumprir a decisão judicial. Segundo Marinoni, “o juiz, quando ordena sob pena de multa, não determina o cumprimento sob pena de pagamento de valor equivalente ao da prestação inadimplida (e nem deveria), *mas impõe necessariamente a multa em valor suficiente para constranger o réu a adimplir*. Ora, se a imposição da multa *serve para forçar* o adimplemento, é evidente que ele *significa o uso da força do Estado*.” (MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 396-397)

⁴³⁹ GUERRA, **Execução indireta**, p. 17 e seguintes.

⁴⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1, p. 402-407.

imóveis do devedor para convertê-las em dinheiro com o fim satisfazer os créditos; a realização direta da atividade devida pelo devedor, se fungível; o emprego da força para impedir que o devedor realize uma atividade em contraste com a obrigação de não fazer.⁴⁴¹

Portanto, do ponto de vista terminológico, é lícito demarcar a natureza da multa periódica como meio executivo destinado a pressionar a vontade do réu com intuito de convencê-lo a adimplir a ordem do juiz (meio de execução indireta), o que, em última análise, dirige-se à obtenção da tutela reclamada pelo direito material em jogo. Fixado isso, cabe agora promover um exame acerca das principais características da multa periódica.

6.5 CARACTERÍSTICAS DA MULTA

Pretende-se demonstrar aqui a existência de elementos qualificadores que se agregam e complementam a natureza da multa enquanto meio de execução indireta. Lançando mão dos estudos doutrinários até então realizados é possível aferir que a multa periódica em exame caracteriza-se por ser coercitiva, instrumental, processual e pública.

6.5.1 Caráter Coercitivo

⁴⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1, p. 402-407. Araken de Assis prefere utilizar o termo “meios executórios de coerção”. (ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128). Angelo Chianale, por sua vez, prefere compreender a multa periódica como um *meio de atuação* da tutela *in natura* inerente à coerção indireta. Na perspectiva desse autor, a coerção indireta correspondente à “*minaccia di sanzioni pecuniarie o addirittura dell'arresto, se il debitore non esegue l'obbligo imposto dal giudice.*”(CHIANALE, Ângelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica**: indagine in tema di responsabilità extracontrattuale, p. 75-76.). Candido Rangel Dinamarco discorda da utilização do termo “meio executivo”: “A prisão do devedor por alimentos e as *astreintes* não constituem meios executivos, mas instrumentos de pressão psicológica. Trata-se daquilo que, em virtude da equivalência funcional à execução, recebeu da doutrina a denominação execução indireta.” (DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 106).

Enquanto instrumento que atua sobre a vontade do réu, é inafastável a natureza coercitiva da multa.⁴⁴² Por isso é correta a afirmação de que a multa periódica, “caracterizadora de execução indireta, é medida puramente coercitiva, afeta ao poder jurisdicional e de natureza pública e processual.”⁴⁴³

De acordo com a mais autorizada doutrina, a natureza coercitiva da multa é o que lhe afasta o caráter meramente punitivo. Proto Pisani, por exemplo, esclarece que as medidas coercitivas consistem na aplicação de sanção contra o obrigado; na ameaça de uma lesão ao seu interesse que é superior ao prejuízo que este efetivamente teria adimplindo a prestação devida, isso tudo com o escopo de influir sobre sua vontade, induzindo-o ao cumprimento espontâneo da obrigação.⁴⁴⁴

Também retratando a feição coercitiva da multa francesa (*astreintes*), Roger Perrot explica que a multa periódica é “*un mezzo d’intimidazione destinato a impressionare il debitore per forzare la sua volontà ed indurlo ad eseguire spontaneamente la decisione giudiziale che lo condanna.*”⁴⁴⁵

Além disso, a natureza coercitiva desse meio executivo é reforçada pelo fato de que “a multa é aplicada com total independência da indenização de perdas e danos resultantes do não cumprimento específico da obrigação”⁴⁴⁶, o que atualmente é expresso no § 2.º do art. 461 do Código de Processo Civil.⁴⁴⁷

⁴⁴² Nos termos do escólio de João Calvão da Silva: “O carácter cominatório ou coercitivo da *astreinte* é, assim, inquestionável: trata-se de um meio de constrangimento que incide sobre os bens do devedor, a fim de o levar a obedecer à decisão judicial e a realizar a obrigação a que está adstrito e no cumprimento da qual foi condenado, cumulável com a indenização.”(SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 378).

⁴⁴³ GUERRA, **Execução indireta**, p. 201. Nesse sentido: GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, p. 256; WATANABE, **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 525; ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 352; TALAMINI, p. 231; MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 218.

⁴⁴⁴ Assim explica Proto Pisani: “(...) le misure coercitive consistono in un inasprimento della sanzione contro l’obbligato, nella minaccia di una lesione del suo interesse più grave di quello che gli cagioni l’adempimento, allo scopo di influire sulla volontà onde indurlo ad adempiere spontaneamente l’obbligo cui è tenuto.”(PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela di condanna*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1978, p. 1165).

⁴⁴⁵ PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, p. 644.

⁴⁴⁶ GUERRA, **Execução indireta**, p. 188.

⁴⁴⁷ “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”

Como a multa periódica se destina especificamente a conferir força compulsória às ordens do juiz e, concomitantemente, a cancelar a autoridade do poder jurisdicional, é afastado de seu desiderato qualquer propósito de reparar os danos experimentados pela parte. Essa observação acerca da natureza coercitiva da multa presta-se, do ponto de vista técnico, para afastar qualquer tentativa de se atribuir finalidade ressarcitória à multa. Como a multa não guarda relação alguma com a indenização decorrente da falta de cumprimento da prestação, na hipótese de inobservância da ordem judicial, passa ela a ser devida independentemente da ocorrência de dano.

6.5.2 Caráter Instrumental

Por se tratar de um mecanismo que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais, é mais que evidente que a aplicação da multa coercitiva não tem um fim em si mesmo. A multa processual - enquanto meio executivo de caráter genérico - revela-se como técnica processual destinada à tutela dos direitos, notadamente daqueles direitos que estão a depender de uma prestação de fato, seja positiva ou negativa (abstenção).

É o que se infere, de forma clara, da seguinte exposição que traça um contraponto entre o caráter instrumental do mecanismo coercitivo e a indenização pelos danos sofridos:

A multa coercitiva é, nesse sentido, instrumental, pois visa a dar efetividade à tutela (específica), enquanto a indenização é final, pois representa em si a resposta dada pelo Estado ao dano experimentado. Enfim, pode-se dizer que a multa se presta à consecução da tutela do interesse, enquanto a indenização é uma forma de tutela.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 354.

Nessa linha de compreensão, a instrumentalidade da multa deve ser aferida à luz de sua caracterização enquanto técnica voltada à obtenção de tutela do direito. Dado seu papel acessório, quando o resultado desejado é alcançado desaparece sua razão de ser.

6.5.3 Caráter Processual

Entende-se que a multa é dotada de natureza processual uma vez que tal instrumento é empregado pelo órgão jurisdicional para a execução de suas decisões.⁴⁴⁹ Conforme demonstrando anteriormente, Chiovenda já assinalava esse caráter processual dos meios executivos ao afirmar que “as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito”.⁴⁵⁰

Além disso, é notável o caráter processual da multa na medida em que sua aplicação não se encontra na esfera de disponibilidade das partes. O emprego da multa, conquanto possa ser objeto de pedido do autor, é afeto ao órgão jurisdicional, que deverá sopesar, à luz do caso concreto, a viabilidade de sua utilização.⁴⁵¹

Sérgio Cruz Arenhart, ainda que sob outro *prima*, destaca a natureza processual do instituto já que, segundo ele, a “sanção pecuniária é sanção processual, decorrente da aplicação de regra processual agregada à ordem contida no provimento,

⁴⁴⁹ GUERRA, **Execução indireta**, p. 36; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 371; GOMES JUNIOR, Execução da multa – art. 461, § 4.º, do CPC – e a sentença de improcedência do pedido. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001. v. 2, p. 556.

⁴⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1, p. 402-407.

⁴⁵¹ Eduardo Talamini esclarece que a multa que “o próprio juiz impõe é mecanismo processual destinado a garantir a efetividade da ordem emitida pelo órgão jurisdicional. É (...) meio processual coercitivo.” (TALAMINI, **Tutela relativa**..., p. 246-247).

concebida para *não incidir* (ao contrário da indenização), pois se espera que a ameaça dela resultada encoraje o ordenado a cumprir o comando judicial.”⁴⁵²

6.5.4 Caráter Público

É possível vislumbrar a natureza pública da multa coercitiva a partir da perspectiva doutrinária que vê a sanção pecuniária como instrumento de salvaguarda da autoridade do Estado. É o que resulta expresso das conclusões tomadas por Joaquim Felipe Spadoni:

Possui a multa, assim, caráter público e processual. É ato de autoridade de justiça, que deriva mais do *imperium* do juiz do que de sua *jurisdictio*, pois é ato que tem por função assegurar a efetividade da decisão prolatada, sendo o direito da parte apenas reflexamente por ela tutelado. Tendo por objetivo precípuo coagir uma das partes a realizar o comando imposto pelo juiz, tem em vista o cumprimento de uma obrigação processual, representada pelo dever das partes de obedecerem às ordens jurisdicionais eficazes.⁴⁵³

Assim, a partir desse ponto de vista, a natureza pública da multa guarda estrita relação com o fato de ela se qualificar como instrumento de proteção de uma obrigação processual e, portanto, nitidamente de direito público.

Acentuando tal perspectiva, Marcelo Lima Guerra chancela o “caráter eminentemente *público*” da multa, afirmando, para tanto, que sua finalidade primordial é justamente assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.⁴⁵⁴

Nessa ordem idéias, é importante destacar que a própria *astreinte* francesa⁴⁵⁵, confundida em suas origens com o ressarcimento pelo dano, hoje é qualificada como um meio executivo de notória função pública. Por esse motivo é que doutrinadores

⁴⁵² ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 354.

⁴⁵³ SPADONI, op. cit, p. 488.

⁴⁵⁴ GUERRA, **Execução indireta**, p. 200.

⁴⁵⁵ A expressão “*astreinte* francesa” se justifica na medida em que no direito brasileiro, assim como em vários outros países, tem se empregado tal termo para designar a multa com função cominatória independentemente de sua identidade ou não com a multa coercitiva prevista no ordenamento francês.

franceses, como Roger Perrot, têm acentuado que o escopo da *astreinte*, antes de ser um mecanismo voltado para a proteção dos interesses privados, “è quello di sanzionare una dissobediência ad um ordine del giudice”⁴⁵⁶.

6.6 A SENTENÇA MANDAMENTAL

As recentes alterações legislativas do Código de Processo Civil reativaram importantes debates doutrinários no campo da classificação de sentenças.

A maioria da doutrina tem percebido a insuficiência da tripartição clássica das sentenças e, por via de consequência, tem aderido à moderna categorização que incorpora, ao lado das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, duas outras espécies: as sentenças mandamentais e executivas.

Nada obstante, a aceitação da existência de cinco classes de sentenças - que ora se difunde tanto na doutrina quanto na jurisprudência - não significou uma harmonização no plano doutrinário acerca dos traços científicos das novas sentenças, notadamente quando se trata especificamente da sentença mandamental.

Do ponto de vista técnico, a questão é mais intrincada do que aparenta, tendo em vista que inexiste a uniformização de um conceito científico que permita a plena identificação das características da sentença mandamental.

No plano conceitual, a sentença mandamental contém ordem para o demandado (muitas vezes extensíveis a terceiros)⁴⁵⁷, emanada da autoridade jurisdicional para cumprimento imediato, revelando o poder de *imperium* do Estado-juiz. Ademais, tal ordem é acompanhada de um meio executivo de pressão psicológica - como a multa e a prisão coercitiva, por exemplo - para o fim de emprestar força coercitiva à ordem judicial.

⁴⁵⁶ PERROT, Le coercizione per dissuadione nel diritto francese, p. 667.

⁴⁵⁷ Veja-se o Capítulo 7, sobre a efetividade da execução por meio de multa em relação à pessoa jurídica.

Como a efetivação da sentença mandamental exige um meio executivo de coerção indireta, demarca-se a estreita vinculação entre a multa e essa classe de sentença.

Ora, se a basilar característica da sentença mandamental reside no fato de ela conter em si um mandamento para cumprimento imediato sob pena da inércia de um meio coercitivo, não se pode concebê-la como mera exortação ao demandado, semelhantemente ao que transcorre na sentença condenatória, muito menos pretender confundi-la com um tipo de sentença que se liga a formas executivas tipificadas. A sentença mandamental visa obter a tutela prometida pelo direito material exigindo um comportamento do ordenado réu (ação, abstenção ou entrega de coisa) decorrente de obrigação ou de dever legal.

Por essas razões, e levando-se em conta que a sentença mandamental consiste na emissão de ordem para que o próprio demandado cumpra a prestação imposta, há que se concluir que um dos elementos caracterizadores da sentença mandamental é a sua vinculação aos meios executivos de coerção indireta, dentre os quais a multa ocupa posição privilegiada.

Torna-se claro, ademais, que sua atuação viabiliza a tutela preventiva já que a sentença mandamental, diferentemente da condenatória, não visa apenas outorgar ao autor o equivalente em pecúnia, mas viabiliza uma variedade de tutelas jurisdicionais, especialmente aquelas que se voltam contra o ilícitos e que outorgam proteção a direitos despidos de conotação patrimonial.

Some-se a isso, que a ordem contida na sentença mandamental pode, não raras vezes, repercutir sobre a esfera de dirigida a terceiros – como é o caso dos dirigentes responsáveis pela atuação da pessoa jurídica que, em última análise, são quem poderão cumprir a ordem judicial. Ora, se há muito tempo o direito processual reclama por medidas aptas a garantir a efetividade na prestação jurisdicional, é inegável que a construção científica em torno da sentença mandamental ora privilegiada corrobora para tal consecução. Isso por que muitas vezes a efetivação de uma decisão judicial

depende da participação de terceiros. Tratam-se de pessoas físicas ou jurídicas que, conquanto alheias à relação jurídica processual da qual emanou a decisão judicial, ocupam posição indispensável para a efetivação de determinado pronunciamento judicial.

Negar que a ordem judicial configuradora da sentença mandamental possa exigir a participação de terceiros significa, em última análise, ferir toda uma tradição doutrinária, legislativa e jurisprudencial que tem constantemente acentuado a necessidade de se formatar o processo com vistas a atingir a plena efetividade da tutela jurisdicional.

6.7 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Em seu estudo comparativo sobre a atuação executiva dos direitos, Michele Taruffo chama a atenção para a tendência de generalização das *astreintes*, isto é, para o fato de o campo de aplicação do mecanismo alargar-se para assegurar a atuação coercitiva de qualquer obrigação tutelada por meio de uma decisão judicial. Há, nesse contexto, a superação do vínculo originário entre *astreintes* e obrigações de fazer e não fazer infungíveis.⁴⁵⁸

Taruffo explica, além disso, que as *astreintes* não correspondem a uma técnica de execução indireta conexa a determinados tipos de situações substanciais ou a situações as quais não sejam utilizáveis outras formas de execução, mas a um instituto genérico, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras formas de

⁴⁵⁸ “Risulta evidente (...), che l’astreinte ha ormai completamente perduto l’originario collegamento con l’art. 1142 c.c., e che essa non può più essere intensa come il remédio esecutivo indiretto tipico degli obblighi di fare. Al contrario, accanto all’autonomia dell’istituto, che si è ormai decisamente consolidata, siafferma la tendenza verso la generellizzazione del suo campo di applicazione, che si estende a tuttel le obbligazioni private, ma che va anche molto al di queste.” (TARUFFO, Michele. *L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 92).

execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação de pronunciamentos do juiz.⁴⁵⁹

Esta tendência expansionista das medidas coercitivas não é um fenômeno exclusivamente afeto ao sistema francês. Trata-se de manifestação presente, em grande medida, na experiência processual brasileira.

Note-se, em primeiro lugar, que na sistemática nacional a aplicação da multa coercitiva não se limita às obrigações fazer e não fazer infungíveis, abrangendo também aquelas que poderiam ser prestadas por terceiro.⁴⁶⁰

Mais do que isso, há plena aceitação de que o art. 461 do Código de Processo Civil, dispositivo que disciplina a aplicação os meios executivos de execução indireta, aplica-se “não somente as obrigações de fazer ou não fazer de origem negocial como também de deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato. Quanto aos deveres legais, os chamados ‘direitos absolutos’, ligados ao direito da

⁴⁵⁹ Cf.: “Si trata essenzialmente del fatto che, essendo l’astreinte emersa come misura coercitiva particolarmente efficace, si è determinata una netta tendenza alla sua generalizzazione, ossia a prevederne l’impiego ogniquale volta si tratti di assicurare l’attuazione coattiva di un obbligo sancito in un provvedimento del giudice. Ciò comporta il superamento dell’originario collegamento fra *astreinte* e obblighi di fare o di no fare ingungibili e l’estensione dell’istituto a qualunque tipo di obbligazione. (...) L’*astreinte* non si configura più, dunque, come una tecnica di esecuzione indiretta connessa a particolari tipi di situazioni sostanziali, ovvero a situazioni nelle quali non siano utilizzabili altre forme di esecuzione, ma come istituto generale, applicabile in ogni caso ed anche in concorrenza, e di preferenza, rispetto ad altri strumenti di attuazione dei provvedimenti del giudice.” (TARUFFO, Michele. *L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 91).

⁴⁶⁰ “A coerção indireta é fundamental em relação às obrigações infungíveis, uma vez que, em relação a elas, a execução direta não possui efetividade. Nada impede, porém, como já foi amplamente demonstrado, que a multa possa ser utilizada diante de obrigações fungíveis.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 132). No mesmo sentido: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução*. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 371; TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 239-240. Na jurisprudência: “É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (*astreintes*) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa. Precedente da 1ª Seção: EREsp 770969/RS (1ª Seção. Min. José Delgado, DJ 21.08.2006).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 893041. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 05 dez. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 14 dez. 2006, p. 239).

personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, merecem particular atenção.”⁴⁶¹

Em segundo, o § 3.º, do art. 461-A do Código de Processo Civil permitiu a extensão da disciplina relativas às obrigações de fazer e não fazer às obrigações de entrega de coisa - em particular, a utilização da execução por meio de multa.⁴⁶²

Em terceiro lugar, é de se notar que começa ganhar relevo a discussão envolvendo o emprego da multa nas hipóteses de créditos por quantia certa, em determinadas situações,⁴⁶³ o que resulta na ampliação ainda maior do campo de atuação da execução por meio de multa.

Por fim, aprova-se a utilização subsidiária das técnicas previstas nos arts. 461 e art. 461-A do Código de Processo Civil às vias especiais. Entre elas destacam-se o mandado de segurança, o *habeas data*, o *habeas corpus* e a uma série de medidas cautelares.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, p. 41. Em sentido análogo: MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 162-166; ZAVASCKI, **Antecipação...**, p. 114; TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 127-128; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Tutela específica do art. 461 e o processo de execução**, p. 361; DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 229.

⁴⁶² Cf., entre outros, DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 229; TUCCI, **Lineamentos da nova reforma do CPC**, p. 82-83; WAMBIER, WAMBIER, **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 114-116.

⁴⁶³ Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **A multa e a penhora on line** como formas de efetivar a antecipação de soma em dinheiro. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br/admin/users/23.pdf> Acesso em: 12 dez. 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 449; YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. especial, p. 269-279, jan./dez. 2003; TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 467-471.

⁴⁶⁴ Realizando exaustivo do tema: TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa...**, p. 433-466. Leonardo Greco, analisando a execução de liminar em sede de mandado de segurança, entende possível a fixação de multa na decisão liminar. (GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf> Acesso em: 15.10.06. Sobre o emprego da multa no processo cautelar, destaque-se o parecer de Humberto Theodoro Junior publicado na Revista de Processo: THEODORO JUNIOR, Humberto. Medida cautelar. Multa diária. Exequibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, 1999, p. 206-216. Sobre a aplicação da sistemática do art. 461-A às ações possessórias e às ações que não tinham procedimento especial, veja-se: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p.238-240.

Diante desse cenário, tomando-se emprestadas as afirmações de Michele Taruffo atinentes ao ordenamento francês, é possível concluir que, por meio da multa, se alcança uma resposta global e polivalente à necessidade de efetividade que se manifesta no terreno da atuação dos direitos, já que esta medida pode ser empregada para a tutela “*di tutte le situazioni giuridiche che trovano riconoscimento in un provvedimento del giudice.*”⁴⁶⁵

6.8 CABIMENTO DA MULTA

Levando-se em consideração as premissas alinhavadas no item anterior, é necessário, por ora, fitar com a atenção o disposto no § 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil. Segundo tal dispositivo, o juiz *poderá*, por ocasião da antecipação dos efeitos da tutela 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.

Da leitura dessa fórmula, pelo menos duas questões emergem de imediato: inicialmente, em função da expressão “*poderá* (...) *impor multa diária*” contida na norma, questiona-se sobre a faculdade de o juiz valer-se ou não da medida coercitiva no caso concreto; em um segundo momento, surge a indagação sobre quais parâmetros devem balizar o juiz no momento de avaliar a pertinência do manejo da técnica coercitiva.

No tocante ao primeiro questionamento, não se pode perder de vista que a atuação do juiz deve-se orientar pela máxima preferência pela tutela específica do direito⁴⁶⁶e, sobremaneira, pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Isso

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, p. 94: “Rimane comunque il fatto che, facendo perno sull’istituto della *astreinte* e definendone più chiaramente i caratteri, l’ordinamento francese fornisce una risposta globale e polivalente al «bisogno di effettività» che si manifesta sul terreno dell’attuazione dei diritti.”

⁴⁶⁶ É nesse âmbito que se vislumbra o postulado da “maior coincidência possível”, segundo o qual o juiz “deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir

equivale a dizer que, toda a vez que a multa revelar-se um instrumento capaz de outorgar efetiva tutela ao direito, mediante o alcance do resultado específico, *deverá* ser ela empregada pelo juiz.

Isso permite concluir que a expressão “*poderá*” contida na norma, conforme explica Eduardo Talamini, não pode ser reconhecida como mera faculdade outorgada ao juiz ou como concessão de opção discricionária.⁴⁶⁷

Em verdade, a referida expressão tem um escopo bastante preciso. Ela visa conceder ao juiz o poder de avaliar, de sopesar em face do caso concreto, a utilidade da multa, enquanto meio de execução indireta, para induzir ao cumprimento da decisão judicial (e, portanto, prestar tutela ao direito). Esse poder, inerente à função jurisdicional, consiste em cotejar os instrumentos disponibilizados pela técnica processual com as particularidades do caso concreto a fim de determinar a modalidade executiva que conceda efetividade à tutela do direito.

Recorde-se, a propósito, que, no âmbito da técnica processual destinada à tutela dos direitos dependentes de um fazer ou de um não fazer, existem outros mecanismos dos quais pode se valer o juiz (meios de execução direta) para promover a satisfação do direito reconhecido em juízo.⁴⁶⁸

Isso é compreensível porque prevalece, nesse terreno, o princípio da atipicidade dos meios executivos. Isso significa que, longe de estar adstrito a fórmulas executivas estanques, o juiz - vinculado ao do direito fundamental à tutela jurisdicional

resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito.” (MOREIRA, Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais, p. 155).

⁴⁶⁷ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 236. Segundo Talamini, nas hipóteses em que se depara com autorizações para o juiz determinar providências, “formuladas com o emprego de locuções que sugerem facultatividade, também não podem ser interpretadas, por si sós, como concessão de opção discricionária. (...) Se se descarta haver discricionariedade na definição concreta da necessidade e dos limites da atuação judicial (...), é, por conseqüência, inviável pretender que, pelo simples emprego legal do ‘poderá’, se esteja remetendo à esfera subjetiva do juiz a opção entre agir ou abster-se.” (TALAMINI, op. cit., p. 385).

⁴⁶⁸ “Embora o dispositivo legal estabeleça que o juiz “poderá” impor a medida coercitiva referida, não se está diante de ato discricionário do juiz. Presentes as circunstâncias descritas no art. 461 do CPC, o juiz deverá estabelecer a medida executiva que entender adequada.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 232).

efetiva - deve empregar o meio técnico mais eficiente e idôneo para a proteção do direito material.⁴⁶⁹

Com efeito, no âmbito do sistema executivo caracterizado pela atipicidade, tendo sido avaliada a aptidão da técnica coercitiva para induzir ao cumprimento na forma específica, não cabe ao juiz se recusar a aplicá-la.⁴⁷⁰ Nessa ordem de idéias, parece lícito afirmar que, do poder (e, por isso, a expressão “*poderá*” da regra processual) de escolher a medida mais idônea à obtenção do resultado desejado, decorre o dever (cogente, portanto) de lhe dar aplicação.

Além disso, existe a possibilidade, em tese não desejada, de ser manifestamente inviável o cumprimento na forma específica ou a obtenção do resultado equivalente, o que, a rigor, resultará na conversão da obrigação em perdas e danos.⁴⁷¹

Portanto, quando o juiz designa a multa não está ele diante de uma faculdade, mas seguramente de um dever. Aliás, se estivesse diante de uma faculdade ou frente a uma opção discricionária – que se pauta pelo juízo de conveniência e oportunidade –, a decisão judicial dificilmente poderia ser impugnada pela via recursal. Como o juízo de mérito recursal recai sobre o *error in procedendo* ou sobre o *error in iudicando*, não haveria interesse em interpor um recurso contra uma decisão que consubstancia o mero exercício de faculdade do juiz. Evidentemente que tal raciocínio não é válido e não pode ser sustentado de forma séria.

Alinhavadas essas idéias preliminares, ainda resta dar atenção às diretrizes que devem auxiliar o julgador no momento de estimar a viabilidade de se aplicar a técnica de execução indireta.

⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, p 288-292.

⁴⁷⁰ Nesse sentido, Eduardo Talamini explica que quando a norma “prevê que o juiz ‘pode’ fazer algo, está conferindo-lhe instrumento que *deverá* ser utilizado para adequado desempenho das tarefas que a função jurisdicional lhe impõe.” (TALAMINI, op. cit., p. 236).

⁴⁷¹ A conversão em perdas e danos pode também ser objeto de solicitação do credor. Há, nesse aspecto, o requerimento para que prevaleça a tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário. Sobre o papel subsidiário da execução pecuniária, v., entre outros, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências...*, p. 154.

A norma processual estabelece duas condições a serem verificadas pelo juiz ao pretender aplicar a multa: suficiência e compatibilidade da multa com a obrigação.⁴⁷²

Segundo Thereza Alvim os critérios de suficiência e compatibilidade compreendem a adequação da multa, ou seja, a possibilidade de que a ameaça de incidência da multa gere o cumprimento da obrigação.⁴⁷³

Por sua vez, sob o prisma de Marcelo Lima Guerra, existem dois limites a serem observados por ocasião da aplicação da multa pecuniária. Segundo ele, há que se examinar, em primeiro lugar, o limite lógico correspondente “a sua real aptidão para pressionar a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a obrigação.”⁴⁷⁴

Como a multa pecuniária tem função de atemorizar o réu mediante a ameaça de prejuízo pecuniário, é evidente que essa inflicção deve poder, ainda que potencialmente, influir na vontade do devedor no sentido de conduzir à obediência da ordem judicial.

De outro lado, o segundo limite apontado por Marcelo Lima Guerra diz respeito à impossibilidade prática do cumprimento da determinação judicial em face de que existem óbices intransponíveis à execução específica.⁴⁷⁵

Tome-se como exemplo os deveres de fazer com utilidade em momento único, isto é, prestações instantâneas, cuja realização se esgota num momento ou num período tão limitado de tempo que equivale praticamente a um momento. Evidentemente, de nada adianta pressionar a vontade do obrigado se o inadimplemento

⁴⁷² Nada obstante a lei fale em obrigação (tutela específica das obrigações) é aceito na doutrina que o sistema de tutela concebido no art. 461 estende-se para prestações surgidas de relações não obrigacionais. Consoante explica Kazuo Watanabe: “Cuida o dispositivo, conforme já ficou realçado, não somente de obrigações de fazer ou não fazer de origem *negocial* como também de deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato. Quanto aos deveres legais, os chamados ‘direitos absolutos’, ligados ao direito da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, merecem particular atenção.” (WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, p. 41).

⁴⁷³ ALVIM, Thereza Arruda. A tutela específica do art. 461, do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, 1996. p. 109.

⁴⁷⁴ GUERRA, **Execução indireta**, p. 191.

⁴⁷⁵ GUERRA, **Execução indireta**, p. 192.

se mostra irreversível. Estando concretizado o ilícito (mediante o descumprimento da decisão judicial que impõe o fazer ou o não fazer), esvazia-se a utilidade da multa já que não se revela viável o cumprimento do comando judicial.

Afora tais parâmetros previamente demarcados pela norma processual (suficiência e compatibilidade da medida pecuniária com a obrigação), parece ser inestimável, nesse âmbito de discussão, o recurso ao princípio da proporcionalidade e às suas sub-regras.

Note-se, antes de mais nada, que, em função do princípio da atipicidade dos meios executivos e da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, é possível ao órgão jurisdicional valer-se de uma série de medidas para o fim de implementar suas próprias decisões. Como foi mencionado, ao lado dos meios de execução indireta (que operam mediante pressão psicológica), a norma processual dá vazão à utilização meios de execução direta (que prescindem da participação do réu).

O que torna possível a perfeita avaliação da aptidão da multa para a tutela do direito em cotejo com os demais meios executivos disponibilizados pelo sistema é justamente o princípio da proporcionalidade e de suas sub-regras.

O princípio da proporcionalidade, em sua multifuncionalidade, presta-se com instrumental teórico no momento da ponderação entre os meios executivos disponibilizados e funciona também como proibição do arbítrio, ao analisar a conveniência do meio executivo proposto em relação aos fins a serem atingidos.⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Escrevendo sobre o tema, assim expôs Humberto Ávila: “Diante do exposto, pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.” (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, 1999, p. 175). Canotilho e Moreira asseveram que o princípio da proporcionalidade busca evitar “nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134).

⁴⁷⁷ V. a respeito: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Metidos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2005, p. 160-176.

Ademais, tal princípio deve ser compreendido com um instrumento de controle da racionalidade das decisões judiciais proferidas por meio da ponderação

Anote-se, nesse particular, que, em decorrência da concentração dos poderes executivos nas mãos do juiz, da atipicidade dos meios executivos e da mitigação entre a correspondência entre o pedido e a sentença, outorgou-se um poder inigualável ao juiz. Esse poder, por sua vez, é decorrência do direito fundamental à tutela efetiva e parte do pressuposto que a jurisdição no Estado Constitucional tem o inafastável dever de conceder tutela às diferenciadas necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais.

A idéia da onipresença de uma Constituição de princípios e regras tem repercussão direta em relação ao papel dos Poderes do Estado e suas funções no plano jurídico-político.⁴⁷⁸ Vislumbra-se um quadro de onipotência do juiz uma vez que há a prevalência deste, apoiado na Constituição, em detrimento da autonomia do legislador democrático.

Com a noção de onipotência do Poder Judiciário, pretende-se significar que, sendo a Constituição uma norma presente em todos os tipos de conflitos e sendo todos esses passíveis de solução judicial, o legislador perde sua autonomia.⁴⁷⁹

No âmbito do paradigma positivista, estruturador do Estado Legislativo, a Constituição tinha como objetivo preponderante a regulação das fontes do Direito ou, em alguns casos, estabelecia determinados direitos fundamentais (essencialmente direitos de defesa). Por conseguinte, a aplicação da normativa Constitucional pelo Poder Judiciário só seria levada a efeito quando se violasse alguma condição procedimental de produção normativa ou quando houvesse a ingerência do Estado na esfera jurídica do cidadão.

Há uma profunda alteração desse quadro pois - conforme explica Pietro Sanchís-, “*en la medida que a Constitución ofrece orientaciones en las más*

⁴⁷⁸ SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 132.

⁴⁷⁹ SANCHÍS, op. cit., p. 132-133.

heterogéneas esferas y en la medida que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía.”⁴⁸⁰ Por isso torna-se coerente a afirmação de que a norma de reconhecimento deixou de se assentar no princípio da legalidade para ser determinada por parâmetros constitucionais.⁴⁸¹

Emerge desse fator uma questão de inafastável importância: a perda de autonomia do legislador em detrimento do Poder Judiciário.

Esse fenômeno reflete-se diretamente no plano processual: as formas e meios executivos taxativamente preordenados em lei deram a lugar ao princípio da atipicidade dos meios executivos e, por via de consequência, surgiu a necessidade de cláusulas processuais abertas.

As normas processuais abertas – como é o caso do art. 461 do Código de Processo Civil – “decorrem da aceitação da idéia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos.”⁴⁸²

Por essa razão é que, segundo Marinoni, as normas processuais abertas, além de transmitirem maior poder para utilização dos mecanismos processuais, concedem ao órgão jurisdicional “o dever de demonstrar a idoneidade do seu uso em vista da obviedade de que todo poder deve ser exercido de maneira legítima.”⁴⁸³

É aí que entra em funcionamento do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da racionalidade das decisões proferidas por meio da

⁴⁸⁰ SANCHÍS, Ibid., p. 133. “Porque la Constitución es una norma, y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del Derecho o, a lo sumo, estableciese unos pocos y precisos derechos fundamentales, pues ent al caso la normativa constitucional y, por conseguinte, su garantía judicial sólo entrarían en juego cuando se violasse alguna condiciones de la producción normativa o se restringiera alguna de las áreas de inmunidade garantizada.” (SANCHÍS, Ibid., p. 132)

⁴⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado del derecho. In: CARBONEL, Miguel (Org.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 18.

⁴⁸² MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 117.

⁴⁸³ MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 117.

ponderação. Esse instrumental revela sua funcionalidade no âmbito da escolha da técnica processual adequada ao caso concreto, como é o caso da multa coercitiva.

Sob esse enfoque, a preferência por determinado meio executivo deve ser consequência da aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras (adequação, necessidade e propor e proporcionalidade em sentido estrito).⁴⁸⁴

De acordo com a regra da adequação, os meios empregados devem ser compatíveis com os fins adotados. Esse princípio vai exigir que o meio executivo aplicável seja pertinente à situação que se pretende regular. Nas palavras de Marinoni, a adequação corresponde “a *legitimidade* para atingir a tutela.”⁴⁸⁵

A sub-regra da necessidade se bifurca na noção de meio idôneo e da menor restrição possível. Assim, o meio empregado deve ser, em termos de eficácia, apropriado para a realização do fim desejado e causar o menor prejuízo.

Assim, quando meio escolhido for um instrumento menos danoso e pelo menos tão eficiente quanto os outros meios disponíveis para o fim desejado, deve ser ele empregado para dar tutela ao direito do autor.

A sub-regra de necessidade vai, portanto, exigir que o meio menos prejudicial seja empregado. É preciso recordar, nessa ordem de idéias, que, para Alexy, os princípios são mandados de otimização.⁴⁸⁶ Por essa razão, reclamam eles por sua máxima realização, em todos os aspectos. Assim, se dois meios apresentam idoneidade para atingir determinada finalidade, deve ser adotado aquele que prejudique em menor medida outros princípios.

Por sua vez, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito “impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios

⁴⁸⁴ MARINONI, *Técnica processual...*, p. 138.

⁴⁸⁵ MARINONI, *Técnica processual...*, p. 138.

⁴⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112.

e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.”⁴⁸⁷

Para se aferir o cabimento da multa enquanto instrumento de tutela do direito, e seu alinhamento ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve o juiz, à luz das sub-regras da proporcionalidade, concluir que:

a) a multa coercitiva se revela um meio adequado para a prossecução dos fins visados, ou seja, é o meio mais apropriado para conduzir ao cumprimento da ordem judicial e, por conseguinte, para o alcance da tutela do direito;

b) a multa coercitiva é o instrumento menos prejudicial e pelo menos tão eficiente quanto os outros meios executivos disponíveis para tutela do direito;

c) o sacrifício decorrente da utilização da multa esteja em relação devidamente sopesada e ponderada com a legítima finalidade perseguida.

Como se pode concluir, a fundamentação realizada conforme o princípio da proporcionalidade e suas sub-regras permite, de um lado, que o juiz possa aquilatar o cabimento da multa processual no caso concreto (assim como a pertinência de qualquer outro meio executivo); de outra banda, viabiliza um meio através do qual as partes podem controlar a racionalidade da decisão do juiz à luz da argumentação por este apresentada.⁴⁸⁸

6. 9 COMINAÇÃO DE OFÍCIO

Na sistemática atual, que privilegia a obtenção do cumprimento na forma específica⁴⁸⁹, a adoção de medidas adequadas para a plena tutela do direito pode ser levada a efeito *ex officio* pelo juiz.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, p. 92.

⁴⁸⁸ Escrevendo sobre o tema Marinoni conclui que “a proporcionalidade é a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto.” (MARINONI, **Técnica processual...**, p. 137)

⁴⁸⁹ Conforme consignado na Exposição de Motivos do Projeto n. 144/2001 do Senado Federal, a imposição de multa por tempo de atraso, a ser levada a efeito de ofício pelo órgão

Com efeito, a atuação do juiz no comando do processo e no manejo da técnica processual apta a prestar tutela efetiva prescinde de requisição específica das partes.⁴⁹¹

Afigura-se aí a característica de uma técnica processual que notoriamente reflete a intenção do legislador em outorgar ao órgão jurisdicional o poder-dever de utilizar a medida executiva necessária ao caso concreto independente de qualquer requerimento específico das partes. É nesse contexto, animado pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que assume particular realce o dever de o Estado prezar pela concreção de suas decisões.

Sensível a isso, Barbosa Moreira obtempera que a proveitosa utilização da multa reclama certa “flexibilidade no respectivo manejo”, o que, em última análise, conduz à conveniência de se “permitir a imposição *ex officio* do que subordiná-la ao pedido do credor”.⁴⁹²

Revela-se lícita, nessa ordem de idéias, a afirmação de que, como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o juiz, impondo, sobretudo, a exigência de que seja prestada tutela segundo as carências do direito material

jurisdicional ou requerimento do interessado, destina-se a possibilitar o imediato cumprimento do julgado, vale dizer, a efetivação da tutela específica. Tratando da tutela específica dos direitos à luz do direito de ação no Estado Constitucional, ver: MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 283-292.

⁴⁹⁰ As diferenças do sistema anterior são demonstradas por Araken de Assis: “No direito anterior, o pedido se afigurava obrigatório, se infungível, e facultativo se fungível. Mas ao juiz se vedava impô-la de ofício. Como se percebe, o novo texto passou o preceito à órbita dos poderes do juiz, dispensando a iniciativa da parte”. (ASSIS, op. cit., p. 550).

No tocante à reforma promovida pela Lei n. 10.444/2002, Candido Rangel Dinamarco traça as seguintes observações: “Houve um momento de dúvida na interpretação do sistema, porque o § 2.º do novo art. 461, ao falar na *multa* cumulável com as perdas-e-danos, faz expressa remissão ao art. 287 e este, quando lido isoladamente, poderia dar a impressão de condicionar a cominação das *astreintes* a prévio pedido do autor. A dúvida já estava superada pela doutrina e jurisprudência, quando a nova *Reforma* altera a redação do art. 287, para ficar constando que o autor *poderá pedir a cominação da pena* (e não mais: “constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária...”); ale disso, a redação dada a esse artigo pela lei n. 10.444, de 7.5. 2002 traz expressa remissão ao art. 461, § 4.º, com o quê fica de fora de dúvida o poder judicial de cominar *astreintes* de ofício.” (DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 237)

⁴⁹¹ Não é de hoje que se reclama por uma maior maleabilidade na utilização da multa periódica. Vem de longa data a observação de Barbosa Moreira a esse respeito: “A profícua utilização das multas coercitivas, reclama certa flexibilidade no respectivo manejo. (...) Parece mais conveniente, de um lado, permitir a imposição *ex officio* do que subordiná-la ao pedido do credor; de outro.” (MOREIRA, *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, p. 164).

⁴⁹² MOREIRA, *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, p. 164.

subjacente ao caso conflito concreto, pertence ao Estado-juíz a responsabilidade de assegurar aos jurisdicionados a eficácia de seus próprios provimentos.

Decorrente disso é que “cabe ao juiz da causa utilizar dos poderes que lhe são concedidos com o fito de velar pela efetividade das decisões que proferir, mesmo que a parte interessada pelo atendimento do comando judicial não tenha pedido expressamente a aplicação de medidas coercitivas.”⁴⁹³

De mais a mais, o fato de a adoção das medidas executivas necessários à tutela do direito (entre elas, a multa) dispensar reivindicação expressa do autor é um sinal emblemático da preferência sistemática pela proteção dos direitos na forma específica.

Assim como sucede em relação à técnica processual disponibilizada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, mediante o art. 461 do Código de Processo Civil o legislador concedeu plenos poderes ao juiz para “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor.”

O referido dispositivo, tanto em seu § 4.º, quanto na fórmula genérica prevista do § 5.º, contém inequívoca autorização dirigida ao juiz no sentido de lhe permitir a atuação de ofício.

Atento a tal peculiaridade, Candido Rangel Dinamarco salienta que o “dispositivo chegou ao Código em um momento de abertura para uma grande plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões, sendo natural que o juiz fique liberto do condicionamento representado pela demanda da parte, até porque se trata de reprimir os atos que em substância afrontam a autoridade do Estado-juíz”.⁴⁹⁴

Por fim, vale a pena recordar que a opção do legislador nacional harmoniza-se com as posturas privilegiadas países com longa tradição no emprego da multa. A lei francesa disciplinadora das *astreintes* (Lei de reforma do processo de execução 91-650 de 09.07.1991), incorporando o que de longa data já se consolidara na esfera

⁴⁹³ SPADONI, A multa na atuação das ordens judiciais, p. 490.

⁴⁹⁴ DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 237.

jurisprudencial, autorizou a imposição de ofício da multa periódica. A teor do art. 33 da referida lei, “*tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*”.⁴⁹⁵

6.10 INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E MULTA CONVENCIONAL

Como a multa se destina especificamente a conferir força compulsória às ordens do juiz é afastado de seu desiderato qualquer propósito de reparar os danos experimentados pela parte.

A fórmula contida no § 2.º do art. 461 do Código de Processo Civil é inequívoca no sentido de que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

Por essa razão, dúvidas não podem pairar sobre a diferenciação (e, portanto, sobre a possibilidade de cumulação) entre a multa coercitiva (técnica processual) e a indenização por perdas e dano (forma de tutela).⁴⁹⁶

É conveniente, desde logo, perquirir sobre as razões que motivaram o legislador a assinalar tão enfaticamente a possibilidade de cumulação entre a multa processual e a reparação pelos danos sofridos.

Dentro desse propósito, recorde-se que a multa compulsória prevista no sistema brasileiro sofreu nítida influência da experiência francesa. Por sua vez, no curso da complexa evolução histórica das *astreintes*, a distinção entre este mecanismo e o dano pelo inadimplemento não foi sempre evidente. Paolo Cedon explica que, diante da dificuldade inicial de se fornecer uma justificação textual às *astreintes* e da insuficiência em explicá-las como mera pena privada, as Cortes francesas continuaram

⁴⁹⁵ Art. 33: “Todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma *astreinte* para garantir a execução de sua decisão.”

⁴⁹⁶ Assim expõe Sérgio Cruz Arenhart: “A multa coercitiva é, nesse sentido, instrumental, pois visa a dar efetividade à (tutela específica), enquanto a indenização é final, pois representa em si a resposta dada pelo Estado ao dano experimentado. Enfim, pode-se dizer que a multa se presta à consecução da tutela do interesse, enquanto a indenização é uma forma de tutela.” (ARENHART, **Perfis...**, p. 354). Cf. também: MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 395.

a fundamentar a multa nos arts. 1142 e 1382 do Código Civil Francês. A consequência de tal sistematização consistiu na tendência de se limitar a liquidação das *astreintes* com base no dano derivado do adimplemento.⁴⁹⁷

Portanto, por longa data, a *astreinte* foi admitida como uma “sanção de natureza provisória e cominatória, mas não se tolerava que, por ocasião de sua liquidação, pudesse ir além da importância correspondente ao dano resultante da mora.”⁴⁹⁸

Esse período histórico, marcado pela relação inconclusa entre institutos diversos e pela autonomia precária e ambígua da *astreinte*⁴⁹⁹, encerra-se em 20 de outubro de 1959, quando a Corte de Cassação Francesa entende ser ela uma “*mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêt*”, tendente a constranger o devedor a cumprir a decisão.⁵⁰⁰

As *astreintes* passaram então a ser fixadas tendo por referência a capacidade financeira do devedor e a capacidade de resistência ao cumprimento da ordem.⁵⁰¹ Tal postura posteriormente foi acolhida pela lei francesa 72-226 de 5 de julho de 1972 que, ao disciplinar legislativamente as *astreintes*, definitivamente depurou-as do caráter ressarcitório.⁵⁰²

⁴⁹⁷ CENDON, Paolo. Le misure compulsorie a carattere pecuniario. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 297.

⁴⁹⁸ PÔRTO, Mário Moacyr. *Astreinte*. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 394, 1968, p.29.

⁴⁹⁹ CEDON, Le misure compulsorie a carattere pecuniario, p. 298. Ver ainda: TARUFFO, L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, p. 90.

⁵⁰⁰ Cf.: “Est légalement justifié l’arrêt décidant que l’astreinte provisoire, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages – interest, et qui n’est en définitive qu’un moyen de vaincre la résistance opposée à l’exécution d’une condamnation, n’a pas pour objet de compenser le dommage né du retard et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés.” (FRANÇA, Corte de cassação, 20 de outubro de 1959)

⁵⁰¹ PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1978, p. 1165; FRIGNANI, Aldo. Le penalità di mora e le *astreintes* nei diritti che si ispirano al modello francese. **Rivista di diritto civile**, 1981, p. 512.

⁵⁰² FRIGNANI, Le penalità di mora e le *astreintes* nei diritti che si ispirano al modello francese, p. 514. Atualmente a Lei 91-650 de 09.07.1991, em seu art. 34, determina que: “L’astreinte est indépendante des dommages-intérêts.”

Ainda sobre o tema, merecem nota as lições de Michele Taruffo: “Rimane chiara, tuttavia, la funzione comminatoria che l’*astreinte* ha tipicamente sin dalle origini, e quindi che si tratti di una vera e propria misura coercitiva, come tale diretta a influire sulla volontà del debitore per indurlo all’attuazione specifica dell’obbligo di fare. Tale funzione risulta definitivamente stabilita con la già

Dessa análise interessa compreender que a multa nacional, à semelhança das *astreintes* (em sua sistemática moderna), não detém função compensatória. Por isso a norma processual admitir a cobrança da indenização por perdas e danos sem prejuízo da multa. Ao que parece, o legislador nacional, atento às observações já inseridas no Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil de 1985⁵⁰³, optou por tornar notável a separação entre responsabilidade por desobediência de um dever processual e a responsabilidade civil.

E isso é manifestamente compreensível. Do ponto de vista técnico, impende notar fato gerador da multa periódica corresponde à desobediência ao comando judicial, isto é, a inobservância de um dever processual. Por sua vez, o fato gerador da obrigação de indenizar consiste na prática de um ilícito culposo que causa dano a outrem.

Como é cediço, a indenização corresponde ao ressarcimento em razão dos prejuízos experimentados por uma das partes em face do inadimplemento da obrigação. A teor do que explica Antunes Varela, o “dano patrimonial abrange (...) não só o dano emergente - a diminuição efetiva do patrimônio do lesado -, mas também o lucro cessante (*lucrum cessans; le gain manqué*) – o aumento que o patrimônio teria, mas deixou de ter, por virtude do fato do lesante.”⁵⁰⁴

Assim, se é certo que a responsabilidade consiste no dever de indenizar, não há dúvida que só existe indenização quando há um dano a reparar.⁵⁰⁵ Essa afirmação

citata legge del 1972 che recepisce sostanzialmente i risultati dell’elaborazione giurisprudenziale, ma fornisce all’*astreinte* una base testuale autonoma e diversa dall’art. 1142 c.c. Tale legge ne definisce la funzione compulsoria, distinguedola nettamente dai meccanismi risarcitori, in particolari, in particolare con’individuazione della c.d. *astreinte définitive*, che risulta completamente depurata da ogni possibile commistione con i *dommages/intérêts*. ” (TARUFFO, L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, p. 90).

⁵⁰³ O art. 889-A do Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil de 1985, fonte inspiradora da reforma processual, continha regra específica (§2.º) informando que “A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287).”

⁵⁰⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. I, p. 242.

⁵⁰⁵ VARELA, **Direito das obrigações**, v. I, p. 240.

não se aplica à multa coercitiva já que esta não pressupõe a existência de dano, dispensando-a, inclusive.⁵⁰⁶

Não há a menor dúvida de que o juiz, quando emite ordem sob pena de multa, não pode ter em mente, ou mesmo absorver como parâmetro para a fixação da sanção compulsória, os danos emergentes e lucros cessantes experimentados pelo autor. Isso porque a multa não é “indenização pré-fixada pelo magistrado (para a eventualidade do descumprimento da prestação *in natura*) ou forma diferente de fixação de perdas e danos, arbitrada pelo tempo da demora no adimplemento.”⁵⁰⁷

A finalidade da aplicação da multa, como já assinalado, é dotar a decisão judicial de força compulsória; com efeito, a multa irá sempre ter em vista o desejo de persuadir o demandado ao cumprimento da ordem.

Daí a razão de se compreender que a multa cominada “traduz-se no prejuízo sofrido pelo simples descumprimento da ordem judicial”, ao passo que “a indenização, os juros e outras prestações acessórias, decorrentes da mora, têm caráter ressarcitório, vinculado ao direito material, em função de sua inobservância ou de sua observância de maneira incompleta, inadequada ou extemporânea.”⁵⁰⁸

Portanto, por não guardar relação alguma com a indenização decorrente da falta de cumprimento da prestação, na hipótese de inobservância da ordem judicial, passa a multa ser devida independentemente da ocorrência de dano. A esse respeito, Paolo Cedon afirma que as *astreintes* “podem ser exigidas, declaradas e liquidadas nos casos em que o inadimplemento ou a demora não tenham, em verdade, causado dano algum ao credor.”⁵⁰⁹

Não é por outra razão que a doutrina inspiradora das reformas do Código de Processo Civil brasileiro sempre deu ênfase a esse aspecto:

⁵⁰⁶ Confira-se: “De outra parte, do caráter coercitivo da multa diária decorre também a possibilidade de ela ser imposta mesmo na ausência total de qualquer prejuízo.”(GUERRA, **Execução indireta**, p. 189).

⁵⁰⁷ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 353.

⁵⁰⁸ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 354.

⁵⁰⁹ CENDON, Paolo. Le misture compulsorie a carattere pecuniario. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 298.

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato de o descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2.º do art. 461.⁵¹⁰

Reforçando tal entendimento, Michele Taruffo recorda que as *astreintes* “mantém sua função mesmo quando o atraso na execução não haja provocado danos”, asseverando que “sendo as *astreintes* coisa diversa do ressarcimento do dano, é destinada a cumular-se com este último.”⁵¹¹

Na sistemática nacional, de igual sorte, é possível que haja a cumulação entre a indenização por prejuízos sofridos pela parte e o crédito advindo da incidência da sanção pecuniária. Nesse passo, é importante registrar que se a decisão judicial que contém a previsão de multa “não é prontamente observada, mas conduz, ainda que depois de algum tempo, ao adimplemento, é possível cumular a multa com a indenização pelo eventual dano provocado pela mora do demandado.”⁵¹²

Por fim, resta dizer que, no âmbito do direito material o credor prejudicado poderá, além da indenização por perdas e danos, exigir a cobrança da multa convencional (cláusula penal) eventualmente prevista para o caso de inadimplemento (arts. 408 e 409 do Código Civil).

A cláusula penal se define como “a estipulação negocial segundo a qual o devedor, se não cumprir a obrigação ou não cumprir exactamente nos termos devidos, máxime no tempo fixado, será obrigado, a título de indemnização sancionatória, ao pagamento ao credor de uma quantia pecuniária.”⁵¹³

⁵¹⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 46.

⁵¹¹ TARUFFO, Michele. L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 90.

⁵¹² MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 217.

⁵¹³ SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 248.

É, com efeito, a denominação genérica dada a toda cláusula contratual, em que se estipula uma soma em dinheiro a ser paga a um dos contratantes por aquele que não cumpre regularmente as obrigações assumidas pelo contrato. Nestas condições, tanto se refere à multa compensatória, quanto à de natureza moratória.

Trata-se, por conseguinte, de um dispositivo afeto ao direito substancial, de natureza sancionatória, preventiva e punitiva, negocialmente fixado com nítido escopo compulsório, isto é, com a finalidade de estimular o adimplemento contratual mediante a ameaça da multa pecuniária (cláusula penal).⁵¹⁴

Muito embora a cláusula penal consista numa medida coercitiva de natureza privada de feições muito semelhantes àquelas geralmente atribuídas à multa processual⁵¹⁵, é possível estabelecer, de forma bastante precisa, o âmbito de aplicação de cada uma delas.

A cláusula penal é instrumento de fixação antecipada da indenização a ser prestada pelo devedor no caso de não cumprimento ou mora. Desempenha, assim, no âmbito do direito material, função ressarcitória e coercitiva.⁵¹⁶ Por seu turno, conforme

⁵¹⁴ A doutrina civilista explica que a cláusula penal exerce três funções: além de se revelar uma penalidade em razão do inadimplemento, é um meio de compensação ou prefixação da indenização e, por fim, configura um instrumento de reforço da obrigação. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 98).

⁵¹⁵ Assim expõe João Calvão da Silva: "... a coerção privada visa compelir o devedor ao cumprimento, isto é, fazer a pressão sobre a vontade do devedor em ordem a evitar o inadimplemento e obter o cumprimento das obrigações. Característica da coerção privada é, portanto, a *ameaça*, a *intimidação* do devedor, destinada a infundir-lhe receio e medo. Desde que a ameaça exista, ainda que de ordem puramente psicológica, haverá meio de coerção. Mas se a ameaça não for eficaz, se ano prevenir o incumprimento, surgirá o elemento sanção como característica do meio de pressão: o devedor rebelde que não se deixou intimidar pela ameaça coercitiva e se manteve inerte, relutante ou recalcitrante, sofre as conseqüências sancionadoras do seu comportamento ilícito." (SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 240).

⁵¹⁶ É indispensável ressaltar que existem dois regimes distintos no que concerne à cláusula penal: nesse sentido o art. 409 do Código Civil dispõe que: "A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora." No caso da cláusula penal relativa ao adimplemento (art. 410 do Código Civil), a prestação incluída na cláusula penal não pode se cumular à indenização prevista na lei. Conforme explica Antunes Varela, não pode o credor, nesse caso, "exigir, ao mesmo tempo, *le principal et la peine*, mas pode optar *livremente* por uma ou por outra." (VARELA, op. cit., p. 173). Por essa razão, o art. 410 do Código Civil determina que quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. Solução diversa é aquela encontrada nos casos em que cláusula penal referir-se à mora ou à violação de qualquer dever acessório de conduta (art. 411 do Código Civil).

já tratado, a multa periódica é um instrumento processual - não podendo, por conseguinte, ser pré-fixada pelas partes - que não tem escopo ressarcitório.

Outro aspecto diferenciador concerne à possibilidade das partes disporem sobre a cláusula penal. Por se tratar de estipulação negocial, a cláusula penal (também chamada de pena convencional), regulada pelas normas de direito civil, situa-se no âmbito de disposição das partes.⁵¹⁷ Isso não se verifica no âmbito de aplicação da multa porquanto, no tocante à sanção processual, cabe ao juiz avaliar a utilidade de seu manejo, podendo inclusive cominá-la de ofício. É bem verdade, e há de ser destacado, que a parte pode, já na petição inicial, requerer desde logo a execução por meio de multa, entretantes, isso não significa que haverá a aplicação automática da medida coercitiva.

Conforme se tratou anteriormente, nos casos em que há pedido cominatório, o órgão jurisdicional não fica adstrito ao pedido formulado pela parte, cabendo a este sempre avaliar - com base nos critérios existentes na lei processual e na regra da proporcionalidade - a utilidade e pertinência de se valer, no caso concreto, da execução por meio de multa.

Por via seqüencial, no momento de fixação da multa coercitiva - que, consoante demonstrado, se destina a assegurar efetividade da ordem emitida pelo órgão jurisdicional -, o juiz está dispensando de perquirir se as partes ajustaram, ou não, multa contratual.

Nesse último caso, o credor pode cumular a prestação fixada na cláusula penal com o pedido de desempenho da obrigação principal. Tome-se como exemplo a hipótese de contratação de músicos para um determinado espetáculo em que se estipula que o não comparecimento ensejará a multa de R\$ 30.000 (trinta mil reais). De acordo com o art. 410 do Código Civil, o contratante pode escolher, no caso de inadimplemento, entre exigir a multa contratada ou o ressarcimento pelos prejuízos comprovadamente experimentados. Por seu turno, imagine-se um contrato de empreitada em que se convencionou multa por dia de atraso na conclusão da obra. É possível, nesse caso, que, além da cobrança da multa convencional, seja exigido o cumprimento na forma específica (feitura da obra contratada), a teor do que determina o art. 461 do Código de Processo Civil.

⁵¹⁷ Assim expõe Antunes Varela “A cláusula penal consiste na convenção pela qual o devedor, no caso de não-cumprimento da obrigação, de mora no cumprimento ou de outra violação do contrato, se obriga com o credor a efetuar uma prestação, diferente da devida, por via de regra em dinheiro, com caráter de uma sanção civil.” (VARELA, op. cit., p. 169-170).

Conforme assevera Eduardo Talamini, “seria paradoxal que, só porque já existe a previsão de multa contratual, o juiz ficasse de mão atadas para estabelecer outra, jurisdicional.” Em razão disso, conclui Talamini ser lícito ao juiz, “diante da insuficiência do mecanismo da tutela material, acresça outro, de natureza processual. Assim, o que ocorre não é propriamente a ‘majoração’ da multa contratual, mas o acréscimo de outra, de índole processual.”⁵¹⁸

Insta, por fim, observar que o limite quantitativo reservado para a cláusula penal (art. 412 do Código Civil)⁵¹⁹ não poder ser aplicado, nem ao menos subsidiariamente, em relação à multa periódica.

Esse dispositivo impede que a cominação imposta na cláusula penal exceda o valor da obrigação principal.⁵²⁰ Tal limitação não tem aplicação no âmbito da multa coercitiva processual na medida em que esta, conforme ver-se-á a seguir, baliza-se por critérios distintos e, portanto, não encontra parâmetro no valor da obrigação.⁵²¹

⁵¹⁸ TALAMINI, **Tutela relativa**..., p. 246-247.

⁵¹⁹ Essa regra, constante no art. 412 do Código Civil de 2002, possuía idêntica previsão no diploma revogado (art. 920 do Código Civil de 1916).

⁵²⁰ É bem verdade, contudo, que atualmente se passa a entender que mesmo a multa contratual pode, em determinados casos, superar o valor da prestação. Segundo explica Luiz Guilherme Marinoni “as novas realidades da sociedade contemporânea impuseram um redimensionamento do conceito de contrato, que, com a decadência, do voluntarismo, passou a ser visualizado por meio de um enfoque preocupado com o real equilíbrio das partes. Nessa linha, as partes podem ficar, de livre vontade, uma multa que supere o valor da prestação, desde que ligadas a valores do novo direito dos contratos, e que assim esteja de acordo com a “ordem pública” e os “bons costumes”. Assim, deve ser admitida multa contratada em valor compatível com a necessidade de garantia do consumidor ou da parte mais fraca no contrato, pois em sintonia com os valores que atualmente presidem as relações sociais.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 396).

⁵²¹ Assim é o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, conforme se extrai da decisão assim ementada: MULTA - CLÁUSULA PENAL - MULTA COMPENSATÓRIA LIMITAÇÃO DO ART. 920 DO CÓDIGO CIVIL PRECEDENTE DA CORTE 1. Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o Juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 196262. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 06 dez. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, 11 set. 2000, p. 250).

6.11 VALOR DA MULTA

6.11.1 Limites do Valor da Multa

Como a multa objetiva concretizar as decisões judiciais, infundindo ameaça de prejuízo patrimonial ao credor, é inafastável que a sua fixação seja feita com base em critérios que lhe permitam atingir o seu fim, que é, sobretudo, garantir a efetividade da tutela jurisdicional do direito. Nesse toada, o valor da multa deverá sempre ser estipulado em montante capaz causar ao devedor a convicção que adimplir é a melhor e menos onerosa opção.

O caráter elevado da multa constrange indiretamente o devedor a cumprir a prestação devida, pois, em caso de renitência, o prejuízo ensejado pela multa implicará para si uma prestação mais onerosa do que a realização da prestação originária a que se encontra adstrito.

Esta maior onerosidade do descumprimento é de natureza a incitar o devedor a realizar a prestação ordenada, dada a ameaça de sanção que sobre si recai em caso de recalcitrância, e, dessa sorte, assegura a tutela do direito envolvido, exercendo pressão sobre o devedor.

O devedor ao sopesar as duas alternativas - de um lado, manter-se renitente e arcar com os valores da multa; de outro, cumprir o dever imposto pela decisão judicial - deve concluir que satisfazendo o credor evitará a diminuição patrimonial que a multa enseja.

Nesse âmbito de discussão, algumas imprescindíveis advertências sobre o limite da multa se impõem de imediato. Em primeiro lugar, deve ficar claro que o critério de suficiência ou de compatibilidade com a obrigação não induz a que a multa encontre teto no valor da obrigação. Como há muito observara Barbosa Moreira, como a multa cominada destina-se a incidir enquanto permaneça descumprida a obrigação,

“não há cogitar de limite relacionado com o valor da obrigação: a função da medida não é reparatória, mas puramente coercitiva.”⁵²²

Em segundo lugar, tendo em vista a sua não identificação com a multa convencional (cláusula penal), a multa coercitiva não obedece às exigências do art. 412 do Código Civil de 2002, ou seja, não se limita ao montante da obrigação.

Como já tratado, a multa também não encontra limite no valor do dano, até porque sua incidência prescinde da ocorrência deste.

Ademais, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina processual entendeu estar superada a limitação da multa cominatória ao valor da prestação.⁵²³ Esse teto justificava-se até então porquanto o art. 1005 do Código de Processo Civil de 1939 dispunha que: “Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob a cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.”

A questão também não desafia maiores problemas no âmbito jurisprudencial. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença.”⁵²⁴

E isso é explicado pelo fato de que as regras contidas nos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, “*atreladas à idéia de que a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, não fazem qualquer limitação ao valor da multa.* (...) Se o valor estivesse limitado a esse valor, o demandado sempre teria a

⁵²² MOREIRA, Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais, p. 164.

⁵²³ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 218.

⁵²⁴ NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 549, nota 7a.

faculdade de liberar-se de sua obrigação, devolvendo o valor que foi pago pela prestação.”⁵²⁵

Aliás, no terreno das prestações dotadas de valor patrimonial, a efetividade da multa depende, segundo Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, de que sua fixação seja realizada em montante superior ao valor equivalente à prestação, ou seja, “ao que teria que ser pago pelo réu em compensação ao não adimplemento.”⁵²⁶

A questão se torna complexa quando se pensa em deveres legais, ou, com maior precisão, deveres que não envolvem um valor pecuniário determinado e, por isso, de difícil mensuração. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de uma casa noturna que propaga sons em amplitude acima dos padrões permitidos na legislação municipal, criando incômodo para a vizinhança. Nesse caso, a opção pela execução da ordem inibitória por meio de multa conduz à indagação sobre qual poderia ser o limite para o valor da multa.

Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, “tratando-se de ação através da qual não se almeja prestação obrigacional de fazer ou coisa móvel ou imóvel, não há como sequer imaginar a limitação da multa.” É caso da ação inibitória e de remoção do ilícito, “mediante as quais não se pede uma prestação dotada de valor de troca.”⁵²⁷

Aliás, não é de hoje que o professor titular da Universidade Federal do Paraná alerta que, em se tratando de direitos não patrimoniais ou que não possam ser

⁵²⁵ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 396-397.

⁵²⁶ MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: execução**, v. 3, p. 78.

⁵²⁷ MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: execução**, v. 3, p. 78. A pretensão deduzida em juízo pode compreender direitos que não são suscetíveis de mensuração em valores monetários, a exemplo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná que proferiu o acórdão com a seguinte ementa: “Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Publicação jornalística. Identificado, na matéria jornalística, o propósito único de aviltar o ser humano, tipifica-se o dano moral indenizável. Processo Civil. Tutela Inibitória. Art. 461, do CPC. Astreintes. Inibir o ato potencialmente lesivo revela-se tão ou mais importante que o ressarcimento do dano material ou moral, máxime quando se cuida da proteção ao direito à honra e à privacidade da pessoa. A cominação de multa diária, em valor suficiente para quebrantar o ânimo do ofensor, é complemento inarredável dessa forma específica de tutela. Recurso desprovido.” (PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n.120.799-0. Relator: Juiz Miguel Kfoury Neto. 26 jun. 2002).

traduzidos em valores monetários, “não há como não se dar ao juiz o poder necessário para fixar o valor da multa de modo que ela atinja, no caso concreto, os fins que se destina.”⁵²⁸

6.11.2 Critérios para o Arbitramento do Valor da Multa

Vencidas as considerações sobre o limite da multa, resta perceber que a mera alusão ao critério de suficiência e compatibilidade pode não ser uma tarefa fácil do ponto de vista interpretativo para fins de arbitramento do valor da sanção.

É que para promover o arbitramento do valor da multa, o órgão jurisdicional depara-se com um conceito jurídico indeterminado. Ao estabelecer que o juiz “poderá (...) impor multa diária ao réu (...) se for suficiente ou compatível com a obrigação”, o legislador valeu-se de uma técnica que, ao fornecer algumas indicações genéricas, faz com que o órgão jurisdicional, ao aplicar a regra jurídica, possa determinar em cada caso o perímetro e o contorno das determinações legais.

É interessante notar, conforme assevera Barbosa Moreira, que “nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.”⁵²⁹

Ainda nesse tocante, Eduardo Garcia de Enterría explica que a lei “*no determina com exactitud los limites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la*

⁵²⁸ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 219.

⁵²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. **Temas de direito processual - 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64.

indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”.⁵³⁰

São exemplos desses conceitos expressões como “fundamento relevante da demanda” (art. 461, § 3.º), “receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, § 3.º), “prazo razoável para cumprimento do preceito (art. 461, § 4.º), “proceder com lealdade e boa fé” (art. 14, II) e “suficiente ou compatível com a obrigação” (art. 461, § 4.º).

Frente à utilização dessa técnica pelo legislador, a doutrina, de um modo geral, tem imprimido esforços para compreender a forma ideal de o juiz preencher, ao longo do desenvolvimento processual, essas áreas de penumbra ou de incerteza.

Cumprindo aqui, mais do que levar a efeito o exame das formas concreção dos conceitos indeterminados, compreender o sentido comumente atribuído pela doutrina processual ao conceito em questão (“suficiente ou compatível com a obrigação”).

Marcelo Lima Guerra, por exemplo, leciona que a alusão a que a multa seja suficiente e compatível com a obrigação “só pode significar que se exige da multa ser apta a induzir o devedor a cumprir a obrigação.”⁵³¹

Reforçando tal linha de entendimento, Thereza Alvim expõe que “essa suficiência ou compatibilidade nada mais é do que adequação, ou seja, que haja possibilidade, com a fixação da multa, de a obrigação vir a ser cumprida, de acordo com a visão do juiz da causa.”⁵³²

Justamente por isso, no momento de dar concretude a esse conceito vago, “não está o juiz adstrito ao valor da obrigação ou a qualquer limite, objetivando, exclusivamente a adequação para obtenção da tutela específica.”⁵³³

Defronte a isso, o critério primordial para estipulação do valor da multa, que emana da própria função coercitiva do instituto, é a aptidão para induzir ao

⁵³⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Potestades Regladas y Potestades Discrecionales. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993, t. I, p. 440-462.

⁵³¹ GUERRA, **Execução indireta**, p 191.

⁵³² ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil, p. 109.

⁵³³ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil, p. 109.

cumprimento. Por conseguinte, o arbitramento do valor da multa, exige que o juiz atente-se para a possibilidade de a multa periódica influir na vontade do devedor, demonstrando-lhe que é mais benéfico cumprir a ordem judicial do que perseverar na recalcitrância.

Partindo dessa premissa, Sérgio Cruz Arenhart assevera o seguinte:

O importe dessa sanção pecuniária exige sensibilidade do magistrado, para que possa atingir seu objetivo. Com efeito, a cominação de valor excessivamente pequeno na decisão judicial acarretará certamente a frustração da função intimidatória que a figura deve desempenhar; se, de fato, for mais rentável para o sujeito passivo da ordem desobedecê-la e arcar com a multa do que cumpri-la, então perde totalmente o sentido a ameaça que se desejaria gerar. De outro lado, se o valor arbitrado for extremamente elevado, então também a sua condição intimidatória restará frustrada, já que o sujeito passivo, antevendo a impossibilidade de solver a multa com seu patrimônio – induzindo-o a um estado de insolvência civil ou de falência –, imaginará prontamente a expectativa de que esse valor jamais venha a ser exigido, porque impossível o seu adimplemento.⁵³⁴

Semelhante ponderação é fornecida por Barbosa Moreira: “Alguma discricção deve reconhecer-se ao juiz, a que caberá buscar o justo ponto de equilíbrio entre o interesse da ‘efetividade’ da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida razoável”⁵³⁵

A preservação da função compulsória da multa aliada à exigência de que esta não venha a ofender o princípio do menor sacrifício do devedor pressupõe, portanto, o adequado arbitramento do importe do meio executivo.

Dito isso, é fundamental que se pense em outros critérios idôneos para o arbitramento do valor da multa no caso concreto.

Deve-se deixar claro desde logo que, à semelhança do que sucede com a *astreinte*, a determinação do *quantum* da multa periódica nacional deve se pautar por “parâmetros tipicamente subjetivos”⁵³⁶

⁵³⁴ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória...**, p. 355.

⁵³⁵ MOREIRA, Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais, p. 164.

⁵³⁶ CEDON, Paolo. Le misture compulsorie a carattere pecuniario, p. 297. Esse autor indica que tais parâmetros são as seguintes: a capacidade de resistência do obrigado, o nível de culpa do comportamento do devedor e as suas condições econômicas.

Um dos principais parâmetros subjetivos para o arbitramento do valor da multa é, sem dúvida, conforme observa Paolo Cedon, a capacidade econômica do devedor. Este critério informa que a multa deverá corresponder ao valor mínimo para se obter a intimidação do demandado, levando em conta sua fortuna. É evidente “*che l’importo dell’astreinte sara più elevato se il debitore é um ricco industriale piuttosto che um modesto operaio.*”⁵³⁷

É fundamental ainda que o juiz, ao avaliar a capacidade econômica do devedor, considere também “*la residenza che sembra voler opporre il debitore e soprattutto l’ammontare dei suoi beni.*”⁵³⁸ Não deve, porém, restringir-se “a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo o que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido.”⁵³⁹ Se a função da multa é gerar temor no devedor a ponto de levá-lo a cumprir, naturalmente deve ser ela significativamente onerosa.

Nessa ordem de idéias, Araken de Assis obtempera que: “O juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude da provável resistência, preocupando-se apenas em encontrar um valor exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor.”⁵⁴⁰

Tratando dessa questão, Barbosa Moreira pondera que “será mais fácil lograr resultado prático em relação ao devedor de recursos médios, nem tão abundantes que tornem desprezível a ameaça, nem tão escassos que a tornem inútil.”⁵⁴¹

Tome-se como exemplo os casos de empresas com patrimônios vultosos. Nessas hipóteses, ou a multa é fixada em valor suficientemente alto ou exercerá pouca influência na vontade do demandado. É bem provável que as grandes empresas até

⁵³⁷ PERROT, Le coercizione per dissuadione nel diritto francese, p. 666-667.

⁵³⁸ PERROT, Le coercizione per dissuadione nel diritto francese, p. 667.

⁵³⁹ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 220.

⁵⁴⁰ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 498.

⁵⁴¹ MOREIRA, endências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais, p. 164.

mesmo já façam constar em seu planejamento financeiro esse tipo de despesa, considerando-a inerente à atividade empresarial.

Escrevendo sobre tal questão tema, Sérgio Cruz Arenhart alerta justamente para a possibilidade de absorção e transferência do valor da multa para terceiros - o que é denominado pelo autor de “ricocheteio da multa”. O processualista ilustra tal hipótese a partir do exemplo da empresa detentora de monopólio de determinada atividade ou que seja responsável exclusiva pela distribuição do produto.⁵⁴²

Nos casos em que o prejuízo ensejado pela multa puder ser inserido no custo da atividade econômica e, por via de consequência, vier a ser repassado ao consumidor, a sanção, além não atender sua função coercitiva, revelar-se-á um indesejável instrumento de penalização de terceiros.

Conforme será analisado detidamente no capítulo seguinte, um meio de remediar tal inadequação da multa é justamente atingir a vontade humana que corporifica a atuação da pessoa jurídica mediante a cominação da multa pessoalmente para o dirigente responsável pela empresa.

Outra situação que desafia maior atenção no tema do arbitramento do valor da multa pode ser visualizada quando o réu, conquanto destituído de patrimônio, venha a colher expressiva vantagem patrimonial ao dar continuidade à conduta proibida ou ao não praticar a conduta imposta pela decisão judicial.

Nessa hipótese, como se pode supor, o critério da capacidade econômica do demandado não apresenta serventia e dá espaço para um outro critério: a avaliação das possíveis vantagens que a parte pode obter com o descumprimento da ordem judicial.

A questão não traz maiores dificuldades do ponto de vista prático. Se a parte pode angariar vantagens com a conduta imposta ou proibida pela ordem judicial, a finalidade da multa será justamente anulá-las, demonstrando que é muito mais “saudável” sujeitar-se à decisão, cumprindo-a, do que adotar uma postura relutante.

⁵⁴² ARENHART, *Perfis...*, p. 356-357, nota 356.

Com efeito, o réu pressionado pela incidência da multa, que, de acordo com sua cadência, pode chegar a valores bem maiores do que a vantagem que fomenta o descumprimento, é compelido a defender seu patrimônio, observando a decisão judicial.

Por isso é que toda a vez que os benefícios auferidos com o descumprimento for superior aos malefícios engendrados pela multa, é provável que essa não venha surtir efeito. Na prática, no entanto, a averiguação dessas circunstâncias pode não ser tão fácil, exigindo especial sensibilidade do órgão jurisdicional.

É possível se pensar, ainda, para fins de arbitramento do valor da multa, em outros critérios: o valor em litígio, a natureza da obrigação e a índole temporal do ato ilícito (se instantâneo ou continuado).⁵⁴³

Por trás de todos eles está sempre presente o raciocínio de que o valor da multa deve ser expressivo o suficiente para fazer com o que o devedor sequer cogite a possibilidade de descumprir o comando judicial. Por isso é que, ao determinar o valor da multa, deve o juiz ter por referência o custo-benefício ensejado pelo descumprimento do comando judicial. Toda vez que a multa é estabelecida em valor que não contemple as vantagens da renitência, seu potencial ofensivo desaparece; torna-se infértil a execução por intermédio desse meio executivo.

6.11.3 Adequação do Valor

Se a multa cominada não inflige temor no devedor e, portanto, não conduz ao cumprimento da decisão judicial é porque: a) a multa não foi arbitrada em valor adequado, permanecendo mais interessante para o demandando pagar a multa e

⁵⁴³ No direito anglo-saxão, muitas vezes a multa por contempt of court é graduada em função da gravidade na desobediência em cumprir a ordem da Corte. No caso *Health Care Corp. of St. John's v. Nfld. and Labrador Assn. of Public and Private Employees* foi estabelecido que: "Where a fine is to be imposed, the level of the fine may appropriately be graduated to reflect the degree of seriousness of the failure to comply with the court order". (CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers.** Ottawa, 2001. p. 43).

manter-se renitente; b) a multa não foi direcionada corretamente, isto é, não está atingindo a vontade humana responsável pelo cumprimento da ordem judicial (p. ex.: multa destinada à pessoa jurídica ao invés do dirigente ou da autoridade coatora); ou c) a multa não é meio executivo mais idôneo para a tutela do direito (seja porque os meios executivos sub-rogatórios são mais apropriados, seja porque não se faz possível o cumprimento na forma específica).

O § 6.º do art. 461, instituído pela segunda fase da reforma do Código de Processo Civil, visa resolver o primeiro problema. Tal dispositivo outorga ao juiz o dever de adequação da multa coercitiva às necessidades supervenientes à decisão que a comina, mediante a modificação do valor ou a periodicidade de sua incidência.

Dispõe do dispositivo *supra* citado: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Conforme exposto anteriormente, a cominação da multa deve ser guiada por certos critérios - a saber, capacidade econômica do devedor, valor do litígio, etc. -, no entanto, pode suceder, e isso não é raro, que a multa tenha sido fixada em valor aquém do necessário para persuadir o demandado. Pode ainda acontecer que as circunstâncias que ensejaram a cominação em determinado valor tenham se alterado, de tal sorte que a multa antes estipulada, agora tenha se tornado insuficiente ou excessiva.

Certamente que a permissão de aumento do valor será consequência da insuficiência persuasiva da multa previamente imposta, cabendo, nessa hipótese, ao julgador, reforçar o meio executivo. É o que explica Eduardo Talamini:

A modificação do valor terá de estar fundamentada na mudança dos fatos que haviam ensejado sua definição originária. Por exemplo, o cumprimento de uma parte do comando judicial poderá ensejar sua diminuição. Da mesma forma, a persistência do demandado em descumprir-lo é elemento fático bastante para autorizar seu aumento.⁵⁴⁴

⁵⁴⁴ TALAMINI, **Tutela relativa...**, p. 244.

No tocante à redução de valor, segundo registra Maricí Giannico, a doutrina tem admitido-a quando há o parcial cumprimento da obrigação. Isso se aplica, de acordo com a autora, exclusivamente às obrigações divisíveis já que, nesses casos, a multa pode ser reduzida com fundamento na alteração do quadro fático que ensejou sua fixação em determinado valor ou ainda por ter havido redução no próprio montante da obrigação descumprida.⁵⁴⁵

A questão da redução da multa, porém, não é isenta de críticas. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery argumentam que a ampliação da multa encontra justificativa na natureza da multa enquanto meio de execução indireta voltada para induzir ao cumprimento, no entanto, “a diminuição da multa é injustificável, porque a multa não é destinada a fazer com que o devedor a pague, mas que a não pague e cumpra a obrigação na forma específica.”⁵⁴⁶

No terreno jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça determinou a revisão e a redução do valor da multa diária instituída nas instâncias ordinárias, consignando que a demandada - no caso, a Fazenda Pública Estadual - estava se esforçando em cumprir a obrigação imposta, nada obstante a dificuldade envolvida. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO. MULTA EXCESSIVA. ART. 644 CPC. Comprovado que a recorrente vem se empenhando em cumprir a referida obrigação, e tendo em conta os argumentos razoáveis por ela utilizados, considerando o numero excessivo de servidores envolvidos - cem - e com lotação nas mais diversas Secretarias Estaduais, tem-se que o acórdão recorrido não observou a realidade do caso e da própria disposição do art. 644 do CPC ao impor um valor excessivo por dia de descumprimento. Recurso provido a fim de rever-se tal valor.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ GIANNICO, op. cit., p. 164. Nesse sentido: DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 241.

⁵⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 859, nota 22.

⁵⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 158282. Relator: Ministro José Arinaldo. 17 mar. 1998. **Diário da Justiça**, Brasília, 27 abr. 1998, p. 189.

Esse precedente, conforme anota Theotonio Negrão, demonstra que, para o Superior Tribunal de Justiça, o comportamento do destinatário da ordem é de ser levado em conta pelo juiz no dimensionamento do valor da multa, mesmo após sua instituição.⁵⁴⁸

Sensível a esse aspecto, a doutrina entende que no decurso da execução podem agregar-se “aos critérios inicialmente levados em consideração pelo juiz, outros elementos, *incidentais ou supervenientes*, que poderão repercutir na intensidade das medidas executivas. Assim, por exemplo, o comportamento do executado pode justificar a modalidade executiva, como o aumento do valor da multa.”⁵⁴⁹

Portanto, deve-se ter claro que o aumento do importe da multa pressupõe sua insuficiência para convencer o demandado; ao passo que a redução da multa, exige que a alteração do quadro fático que inicialmente lhe justificou (p. ex.: cumprimento parcial ou dificuldade por parte do demandado de implementar o que lhe fora imposto pela ordem judicial).

Enfatize-se, por fim, que o poder atribuído ao juiz, tanto para alteração de periodicidade quanto para modificação de valor da multa coercitiva, independe de requerimento das partes. Trata-se de dever-poder do juiz atuar *ex officio* quando a necessidade de promover a tutela específica dos direitos assim impuser.⁵⁵⁰

Ademais, o redimensionamento da multa, seja em relação ao montante, seja no tocante à frequência de sua incidência, pode ser realizado em qualquer momento do processo mediante decisão interlocutória ou ainda na sentença.

⁵⁴⁸ NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 521, nota 11b. Nesse mesmo sentido é a lição de Joaquim Felipe Spadoni, para quem a redução do valor da multa é viável se for verificado que houve o cumprimento parcial da ordem ou se a sanção se tornar, por alguma razão, excessiva. (SPADONI, op. cit., p. 495).

⁵⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 236.

⁵⁵⁰ A lição de Araken de Assis dá-se no seguinte teor: “Mesmo tendo sido formulado pedido certo na inicial da demanda condenatória, o juiz poderá ultrapassá-lo e, se for o caso, reduzi-lo, nas hipóteses de título judicial ou extrajudicial (art. 644, parágrafo único, e art. 461, § 6.º, c/c art. 645). Também é possível alterar o valor, em qualquer dos sentidos, no curso do processo executivo” (ASSIS, op. cit., p. 551).

6.12 PERIODICIDADE DA MULTA

Conceder ao juiz o poder de redimensionar a cadência da multa significa fazê-la incidir em períodos maiores ou menores do que antes havia fixado.⁵⁵¹

Antes da reforma propiciada com a lei 10.444/2002, a redação do § 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil poderia ensejar a interpretação de que a multa coercitiva deveria ter incidência obrigatória e exclusivamente diária.

Em face das posteriores alterações promovidas pela referida lei, e dando chancela ao que já era amplamente reconhecido pela doutrina, abriu-se campo para que o juiz se valha de outras unidades de tempo, em consonância com as exigências avindas do direito material envolvido⁵⁵². Além da possibilidade de o juiz alterar a incidência diária, porventura já instituída, para o parâmetro de semana ou mês, é lícito também cominá-la “por hora ou outra unidade inferior ao dia”⁵⁵³, quando a situação assim exigir.

Merece especial referência, nesse âmbito de reflexão, a multa em valor fixo.

É cediço que a multa diária revela-se apropriada para as ordens que imponham um comportamento comissivo. Com efeito, a multa de incidência diária é efetiva “quando o ilícito já foi praticado, temendo-se a continuação da atividade contrária ao direito”⁵⁵⁴, já que induz a superação do estado comportamental contrário ao direito.

Por sua vez, a multa em valor fixo tem operabilidade no terreno das obrigações negativas, vale dizer, nos casos, em que se deseja prevenir a prática ou a repetição de um ilícito. É o que explica Teori Albino Zavascki:

⁵⁵¹ DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 241.

⁵⁵² Assim exemplifica Dinamarco: “Pensar em um programa televisivo que era levado ao ar semanalmente, sendo fixadas com essa periodicidade as multa por descumprimento da sentença que mandou excluí-lo ou alterá-lo; se o programa passar a ser exibido duas vezes pro semana ou todo o dia, é mais que razoável mandar que também as multas tenham esse ritmo de incidência.” (DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 241).

⁵⁵³ TALAMINI, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁵⁴ MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: execução**, v. 3, p. 78.

É que a multa diária é mecanismo de coerção talhado para induzir o cumprimento de obrigação *positiva* que esteja sendo violada, de coagir a realização de uma ação a ser desenvolvida: a multa incide imediatamente, acumula-se dia a dia e somente cessa com o advento da prestação. No caso de obrigação negativa, porém, ocorre fenômeno exatamente inverso, pois o que se visa é a não ocorrência da ação, ou seja, o meio coativo deve induzir a uma omissão. Não há sentido lógico em utilizar, para esse fim, o instrumento da multa “diária”. A coerção pecuniária mais adequada, nestes casos, será a cominação também de multa, mas com outra natureza: terá que ser multa de valor fixo, que não incidirá imediatamente, mas apenas se houver violação da obrigação, ou seja, apenas se houver ação.

⁵⁵⁵

Em idêntico sentido é a lição de Eduardo Talamini:

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. Nos casos em que, inobservado o dever, torna-se ato contínuo, impossível sua consecução específica, não há que se falar de multa por dia de cumprimento, (mesmo porque o meio coercitivo só pode incidir quando viável o cumprimento voluntário do dever).⁵⁵⁶

Em tais situações, por conseguinte, nada mais adequado do que a multa de valor fixo, que incidirá somente uma vez, se e quando houver a violação.

Diante do caso concreto é ainda possível se pensar na multa com fluência progressiva, à semelhança do direito argentino.⁵⁵⁷ De acordo com Luiz Guilherme

⁵⁵⁵ E assim conclui o autor: “Em outras palavras: a multa diária é mecanismo que induz prestação de obrigação já violada; a multa fixa, ao contrário, supõe obrigação apenas ameaçada de violação. Embora se tratem, ambas, de meio de coerção patrimonial, as duas espécies de multa são instrumentos executórios substancialmente diferentes, seja quanto ao seu valor, seja quanto ao modo de atuar. Figure-se, como exemplo, a hipótese de atleta obrigado a não participar de determinada competição esportiva e que ameaça fazê-lo. A multa adequada a induzir o comportamento devido será, não a multa “diária”, mas a de valor fixo, que, em caso de antecipação da tutela, há de ser cominada invocando-se o § 5º, do art. 461, e não o § 4º.” (ZAVASCKI, Albino Teori. A antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: RT, 1997, p. 468).

⁵⁵⁶ TALAMINI, **Tutela relativa**..., p. 236-237.

⁵⁵⁷ Conforme a disposição do Código Processual Civil e Comercial da Nação: “ Artículo 37: SANCIONES CONMINATORIAS. - Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

Marinoni, a multa progressiva é extremamente profícua em casos de ilícito continuado, ou seja, em hipóteses na qual a violação da ordem judicial venha a se estender no tempo. Sua utilidade também é notória nos casos em que a capacidade de resistência do réu é maior.⁵⁵⁸

Como se observou anteriormente, se a multa não está atingindo sua finalidade, uma das possíveis causas para isso é sua aplicação de forma inadequada, em valor ou periodicidade aquém do necessário para convencer o demandado a cumprir. A solução para esse problema pode ser alcançada com o recurso à multa progressiva. Segundo Marinoni, o decurso temporal “sem o adimplemento do réu evidencia sua capacidade de resistência, e se o objetivo da multa é justamente quebrar esse poder de resistir, nada mais natural do que sua fixação em caráter progressivo.”⁵⁵⁹

Esse autor anota ainda que, a despeito de o art. 461, § 6.º, do Código de Processo Civil outorgar ao juiz a possibilidade de modificar o valor ou a periodicidade da multa, nos casos de insuficiência ou de exagero desta não obsta que órgão jurisdicional comine multa em valor progressivo de imediato.⁵⁶⁰

Na prática francesa, como expõe Enzo Vullo, a cominação de multa em modo progressivo é freqüente. Conforme exemplifica esse autor, “*si stabilisce una certa somma per giorno di mora per il primo mese e poi la si raddoppia per il mese successivo.*”⁵⁶¹

Por isso é que, seja em relação ao arbitramento inicial da sanção, seja nas alterações subseqüentes, permite-se a adoção de unidade de tempo diferente do dia. É o que leciona Araken de Assis:

Anteriormente à Lei 10.444/2002, em razão da letra explícita dos arts. 644, *caput*, e 645, *caput*, a única grandeza de tempo admissível era o dia, lapso temporal de vinte e quatro horas, diversamente da *astreinte* francesa. Segundo a nova redação do art. 461, §5.º a multa

⁵⁵⁸ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 220.

⁵⁵⁹ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 220.

⁵⁶⁰ MARINONI, **Tutela específica...**, p. 108.

⁵⁶¹ VULLO, Enzo. L'esecuzione indiretta tra Itália, Francia e Unione Europea. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 2004, p. 755.

poderá ser ‘por tempo de atraso’. Logo, qualquer grandeza temporal poderá ser adotada (semana, mês, semestre). E, além disto, aqueles poderes de modificação do valor da multa se estenderam, por força do art. 461, § 6.º à periodicidade da pena. Por conseguinte, a grandeza originária do título ou fixada pelo juiz da execução, comporta infinitas mudanças, em todos os sentidos (redução ou ampliação).⁵⁶²

6.13 A MULTA E A COISA JULGADA

Uma das principais características do sistema executivo do arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil é a sua estruturação a partir de mecanismos atípicos de execução. Isso significa que inexistente a prévia definição de quais meios executivos deverão ser empregados pelo juiz para prestar tutela aos direitos que dependem de um fazer, de um não fazer ou da entrega de coisa.

Em relação à execução por meio de multa, a técnica processual instituída nos referidos dispositivos outorga ao juiz o dever de, independentemente de provocação das partes, dimensionar o valor e a cadência da multa à luz da conjuntura da demanda, assim como de modificar tais variáveis caso constate que a cominação inicial não tenha surtido o efeito desejado (consoante o § 6.º, antes comentado) .

Tal dever, que obriga o juiz a manejar os meios executivos de maneira a conceder máxima efetividade às suas próprias decisões, é apenas uma ilação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Assim, se as particularidades do caso conflitivo certificarem que a multa não está constringendo a vontade do devedor, cabe ao juiz aumentar seu valor ou sua cadência de modo a vencer o quadro de relutância ou, ainda, substituir o meio executivo por outro que se revele mais idôneo para proteção do direito.⁵⁶³

Note-se, a propósito, que a modificação da multa, seja no aspecto quantitativo, seja no aspecto temporal, não pressupõe a transmutação do quadro fático, mas apenas

⁵⁶² ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 567.

⁵⁶³ Nesse aspecto, o art. 461, § 5.º, do Código de Processo Civil permite que o juiz adote as “medidas necessárias” para a tutela do direito. A utilização da cláusula aberta processual permite que o juiz lance mão de qualquer meio executivo idôneo e que não traga restrição injustificável ao direito do devedor.

que a multa não tenha alcançado seu escopo de convencer o devedor de cumprir o comando judicial.⁵⁶⁴

Nessa ordem de idéias, não há como se pensar que multa possa ser atingida pela coisa julgada material, tornando-se, portanto, imutável.⁵⁶⁵ Aliás, entender que a multa é imunizada pela coisa julgada equivale a dizer que o juiz não pode substituir o meio executivo depois do trânsito em julgado, mesmo na hipótese de inoperância da medida coercitiva diante do caso concreto.

É evidente que esse ponto de vista não pode ser sustentado, ao menos de forma séria, na presença do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, já que, de acordo com esse referencial, os meios executivos devem ser empregados de sorte a viabilizar a tutela jurisdicional do direito.

A título ilustrativo, vale a pena mencionar que é essa a postura que orienta a aplicação das *astreintes* no direito francês. Segundo Roger Perrot, “*la decisione del giudice è priva dell’autorità di cosa giudicata: in particolare, niente potrebbe*

⁵⁶⁴ Sérgio Cruz Arenhart explica que “nem mesmo se pode dizer que a fixação da multa coercitiva se subordina à cláusula *rebus sic stantibus*. De fato, não é necessário que se alterem as circunstâncias de fato ou de direito para que seja possível a modificação da importância da multa coercitiva. A função da multa, repita-se, é compelir o ordenado a cumprir o comando judicial, e desde que seja possível aferir que a sua importância é insuficiente para atingir esse objetivo (ou excessiva para gerar a ameaça razoável), deve ela ser alterada, sem que, para tanto, haja a necessidade de que sejam encontradas novas circunstâncias fáticas ou jurídicas. Em verdade, ainda que as condições sejam as mesmas, mas desde que o valor da multa se mostre inadequado para intimar o sujeito passivo a comportar-se conforme ordenado, deve o *quantum* da sanção pecuniária ser alterado para que possa ela desenvolver sua função. Não teria sentido impor a esse mecanismo alguma elemento de imutabilidade, sacrificando sua finalidade. Dessa forma, a menos que se interprete a manutenção de resistência (ou a inefetividade da multa cominada) como a alteração da situação de fato, não se pode aceitar a idéia de que somente circunstâncias novas autorizariam a modificação (para mais ou menos) da multa.” (ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 363-364). Joaquim Felipe Spadoni entende em sentido em contrário. Para ele a modificação da multa pressupõe uma mudança no quadro fático. Confira-se: “Ocorrendo alteração na situação fática sobre a qual se embasou a decisão, o valor da multa poderá ser alterado, independentemente de provocação da parte interessada, para que melhor se adapte ao novo contexto do litígio e para que melhor surta os efeitos inibitórios. (...) Isso é possível em virtude da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* de que se reveste a sentença na parte que fixa o valor da multa.” (SPADONI, *A multa na atuação nas ordens judiciais*, p. 496).

⁵⁶⁵ Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003, p. 267; MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 226-227; ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 362.

impedirgli di aumentare l'importo inizialmente fissato se egli avesse la convinzione che la prima cifra non è stata sufficientemente intimidatoria.”⁵⁶⁶

A conclusão que se extrai dessas considerações é que, tanto a multa fixada em sede de antecipação de tutela quanto aquela contida em sentença transitada em julgado podem ser modificadas, caso insuficientes ou excessivas, ou, até mesmo, substituídas por outro meio executivo que se apresente mais apropriado para a concreção da decisão judicial.

6.14 MOMENTO DE APLICAÇÃO

O art. 461, § 4.º, consigna que o juiz pode impor multa ao réu na sentença ou na decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela (art. 461, § 3.º). Uma interpretação meramente gramatical dessa regra poderia conduzir à conclusão de que a multa coercitiva só caberia nos marcos temporais ali estabelecidos.

A doutrina, porém, não hesita em afirmar que a possibilidade de cominação da sanção pode se dar em momentos diversos daqueles previstos no mencionado dispositivo.⁵⁶⁷

A solução, a bem da verdade, não poderia ser outra. Se a finalidade da multa é conduzir ao cumprimento da decisão judicial, nada mais natural do que ela possa ser manejada em todos os momentos em que se estiver diante da resistência ou da mera possibilidade de desobediência à decisão judicial.

Aliás, é muito comum na praxe que o juiz, ao antecipar os efeitos da tutela, deixe de atrelar multa à ordem mandamental. É somente após a verificação da recalcitrância do devedor que o órgão jurisdicional – normalmente provocado pela parte a quem a ordem aproveita – empregará a multa com o objetivo de vencer o comportamento indesejado.

⁵⁶⁶ PERROT, *Le coercizione per dissuadione nel diritto francese*, p. 667

⁵⁶⁷ SPADONI, *A multa na atuação das ordens judiciais*, p. 491; DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 238.

Tenha-se presente que, mesmo que não haja pedido cominatório expresso e que o juiz não tenha a fixado multa nos marcos temporais previstos no § 4.º do art. 461, sempre que as circunstâncias do caso concreto exigirem, poderá o juiz manejar a multa para fazer cumprir sua decisão.

Tal entendimento se deduz da hipótese genérica consolidada no § 5.º, art. 461, que concede ao juiz o poder de tomar medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente. Essa importante regra, que acolhe o princípio da atipicidade dos meios executivos, deixa claro que o exercício desse poder não é condicionado a momentos específicos, ou seja, o manejo da multa diária, assim como das “medidas necessárias”, não é confinada aos marcos temporais previstos no § 4.º do art. 461.

Portanto, à luz de uma leitura sistemática e que preserva a finalidade precípua do sistema executivo do art. 461 do Código de Processo Civil (raciocínio igualmente aplicável ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor), é inequívoco que, em caso de omissão do juiz naqueles momentos em que a lei expressamente autoriza a imposição de multa ou na hipótese em que tenha sido negada a cominação inicialmente postulada, isso não exclui necessariamente a possibilidade de se imputar a multa em outro momento.

Convém ainda lembrar que, quando tenha sido deduzido pedido cominatório, na hipótese de omissão do juiz, caberá a parte opor embargos de declaração à sentença ou à decisão interlocutória.

6.15 INÍCIO DA INCIDÊNCIA E DURAÇÃO

6.15.1 Fixação de Prazo Razoável para Cumprimento

O art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil, determina que o juiz fixará “prazo razoável para o cumprimento do preceito”. A intenção da norma foi outorgar

ao juiz o poder designação de um período razoável para o cumprimento da decisão antes que se faça incidir a sanção cominatória. Portanto, tal qual sucede no direito francês, deve o magistrado “*indicarei i giorno dal quali ne decorre l’efficacia*” da multa.⁵⁶⁸

Sustenta-se que o prazo não pode ser de duração tão breve ao ponto de obstar o cumprimento tempestivo, assim como não deve atingir extensão que chegue a anular a utilidade do provimento.⁵⁶⁹

É fora de dúvida, além disso, que a fixação de prazo para o cumprimento não é algo obrigatório. Ela somente encontra justificativa naquelas ocasiões em que, em razão da complexidade, da natureza e da urgência do dever imposto, se fizer necessário um lapso temporal mínimo para que o demandado concretize o comando judicial.

De mesma forma que a implementação do comando judicial no plano fático pode demandar um período mínimo de tempo, é evidentemente possível se deparar com casos em que o cumprimento da decisão se faz indispensável sem mais demora. Basta pensar, por exemplo, nas hipóteses em que o direito material reclama por tutela inibitória negativa, isto é, por um tipo de tutela jurisdicional que, voltando-se contra o ilícito, veicula ordem de abstenção ao demandado (p.ex.: ordem para não poluir, ordem para não expor produto nocivo à saúde, para inibir violação da propriedade intelectual, etc.), nas quais se cumpre o preceito não fazendo, não levando a efeito o comportamento proibido.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ É o que determina a lei francesa: “l’astreinte prend effet à la date fixée par le juge...” (VULLO, Enzo. L’esecuzione indiretta tra Itália, Francia e Unione Europea. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 2004, p. 755).

⁵⁶⁹ TALAMINI, op. cit., p. 248.

⁵⁷⁰ Escrevendo sobre o tema, Sérgio Cruz Arenhart assim leciona: “Em relação à oportunidade a partir da qual pode ser imposta a multa, tem-se que a tutela inibitória negativa, por sua particularidade, impõe solução bastante particular. Porque tem por objetivo uma abstenção, deve impedir a prática do ato temido. Assim, a multa pode ser imposta desde logo, uma vez praticado o ato temido, objetivando que se desfaçam os efeitos prejudiciais gerados por ele (tutela reintegratória).” (ARENHART, **Perfis...**, p. 367).

Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou no sentido de que: “O ‘prazo razoável’ de que cuida o § 4º do Art. 461 do CPC não se refere às obrigações de se abster na prática de determinado ato.” Nos termos do voto condutor, de lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, “o texto do § 4º reclama leitura à luz da razoabilidade. Semelhante leitura revela a insensatez de marcar-se prazo para que o destinatário da ordem permaneça inerte.”⁵⁷¹

O raciocínio também se mostra aplicável em relação às ordens que determinam conduta positiva de caráter urgente (p. ex.: ordem para realizar uma intervenção cirúrgica⁵⁷² ou para manter a eficácia de contrato de seguro de vida).

6.15.2 Termo Inicial

No plano da eficácia, o termo inicial da incidência da multa é aquele imediatamente posterior à cessação do prazo de cumprimento da ordem imposta. Assim, a rigor, antes do vencimento do prazo designado pelo juiz não há descumprimento da ordem, não se podendo cogitar a incidência da cominação pecuniária.⁵⁷³

Desse sorte, nas hipóteses de multa fixada em antecipação de tutela, a sanção coercitiva tem incidência imediata após o decurso do prazo razoável para o cumprimento da decisão eventualmente fixado pelo juiz (art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil). É evidente que isso não ocorrerá, caso seja interposto agravo de instrumento e este venha a ser recebido com efeito suspensivo (art. 527, III, e 558 do Código de Processo Civil). Em tal hipótese, há a suspensão do efeito da decisão

⁵⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521184. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 24 ago. 2004. **Diário de Justiça**, Brasília, 6 dez. 2004, p. 287.

⁵⁷² O exemplo é sugerido por Eduardo Talamini (TALAMINI, op. cit., p. 249).

⁵⁷³ Explicitando esta argumentação, Candido Rangel Dinamarco afirma que: “É natural que só então elas se apliquem, porque antes inexistente a resistência ou desobediência ao preceito mandamental, que é a razão de ser daquelas penalidades. Quer se trate de mandamento contido em sentença ou em decisão interlocutória (antecipação de tutela), enquanto não for desobedecido não há o que sancionar.” (DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 239).

interlocutória que antecipou os efeitos da tutela, o que fatalmente apanha a multa coercitiva.

No caso de cominação de multa na sentença, sua incidência dependerá da interposição do recurso de apelação e dos efeitos em que esta é recebida. Obviamente, se não interposta a apelação, a multa passa automaticamente a fluir tão logo haja o decurso do prazo recursal.

Interposta a apelação e sendo esta recebida nos dois efeitos (devolutivo e suspensivo), tanto a sentença quanto a multa permanecem com a eficácia suspensa.

Por sua vez, se a apelação é recebida apenas no efeito devolutivo (o que ocorre, por exemplo, nos casos previstos no art. 520, III, do Código de Processo Civil, e nas ações coletivas, a teor do que indica o art. 14 da Lei n. 7.347/85), a sentença e a multa propagam efeitos desde logo.

6.15.3 Cessação da Incidência

A primeira e mais óbvia hipótese em que a multa deixa de incidir é quando esta induz o demandado a cumprir a decisão judicial.

Há casos, porém, em que a multa deve parar de fluir mesmo não tendo atingido esse objetivo. O primeiro caso é aquele em que o autor opta pela tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário.⁵⁷⁴ Nesse caso, há, em verdade, alteração da própria forma de tutela do direito.

Ademais, a incidência da multa cessa quando a tutela específica do direito tornou-se impossível. É, por exemplo, o caso em que o demandado descumpra a ordem de não fazer. Como, nessa hipótese, o ordenado cumpriria mantendo-se inerte, com a prática do ato contrário ao direito não há mais sentido em se pensar que a multa deva continuar incidindo.

⁵⁷⁴ O art. 461, § 1.º, do CPC diz que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Dando conta disso, Araken de Assis obtempera que, tornando-se “impossível a prestação *in natura*, com ou sem culpa do demandado, a pena restará inexigível desde este momento, porquanto inatingível seu objetivo.”⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶

Outra hipótese de interrupção da incidência da multa é quando ela se mostra um meio executivo inidôneo para a tutela do direito, o que sempre demandará sensibilidade do julgador. Ora, sabe-se que para a prestação da tutela do direito, o sistema executivo do art. 461 do Código de Processo Civil concebe uma variedade de meios executivos. Em face disso, cumpre ao julgador verificar a plausibilidade de cada instrumento em face do caso concreto. Não sendo mais aplicável a multa, seja por não gerar a intimidação que se buscava, seja pela impossibilidade do cumprimento *in natura*, de ofício, deve o juiz, substituir o meio executivo primitivo por outra medida.

Se optar por utilizar as medidas de apoio (sub-rogatórias), cessará a aplicação da multa coercitiva, todavia, o montante até então acumulado permanecerá devido, devendo ser cumulado com o valor despendido com as medidas de apoio do §5.º, do art. 461.⁵⁷⁷

A propósito, consoante explica Eduardo Talamini, no tocante às vantagens devidas ao credor, juntamente com a indenização das perdas e danos (e, eventual, cláusula penal), se somará o valor da multa desde sua primeira incidência até a cessação, assim como os valores necessários para o custeio das medidas de apoio.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 567.

⁵⁷⁶ De acordo com Talamini a multa “incidirá até o cumprimento da ordem ou, se não cumprida, enquanto houver possibilidade de sê-lo ou não existir pedido de conversão em perdas e danos (...). Deixando de ser possível ou de ser querido pelo autor o cumprimento específico, já não há mais o que autoriza o emprego do meio coercitivo”. (TALAMINI, op. cit., p. 249).

⁵⁷⁷ Enumera-se no dispositivo medidas que são de sub-rogação, capazes de gerar, como consequência do desrespeito à ordem judicial, a sua realização material por atividade de terceiros; decorrem tipicamente dos provimentos executivos. A técnica executiva viabilizada pelo art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil autoriza a tomada de “medidas necessárias” destinadas à obtenção do resultado prático equivalente.

⁵⁷⁸ Em outros termos, Talamini explica: “Evidentemente, o demandado arcará com todas as consequências civis (custeio de eventuais providências sub-rogatórias; indenização pelas perdas e danos) e, eventualmente, penais (...) da sua desobediência. Arcará, por igual, com o crédito decorrente do período em que a multa incidiu - que não só permanecerá devido, como não será abatido do valor da indenização por perdas e danos (art. 461, § 2.º), nem do montante necessário ao custeio da eventual produção do resultado prático equivalente.” (TALAMINI, op. cit., p. 249-250).

6.16 DO CRÉDITO DECORRENTE DA MULTA

6.16.1 Beneficiário do Crédito no Direito Brasileiro

A despeito de não haver previsão legal, é dominante o entendimento, tanto no terreno doutrinário quanto no jurisprudencial, de que ao autor cabe o crédito advindo da incidência da multa. Atribui-se tal preferência à influência que nosso sistema processual sofreu das *astreintes* francesas que, por sua origem indenizatória e pela permanência de seu caráter de pena privada, têm seu crédito revertido ao credor.

Filia-se a esse entendimento, por exemplo, Eduardo Talamini. Tal autor, ponderando sobre o aspecto da efetividade promovida pela atribuição do crédito ao autor, destaca que a aptidão da multa para pressionar psicologicamente o réu está vinculada à perspectiva que seu crédito seja rápido e rigorosamente exigido. É que, segundo sustenta, ao se reverter a multa em benefício do autor, concede-se ao principal interessado pelo cumprimento do dever, a faculdade de executar o crédito.

Outro argumento de que se vale esse processualista para sustentar a atribuição do crédito da multa ao credor, reside no fato de que o autor da demanda sempre terá a faculdade de utilizá-lo em composição com o réu para obtenção do adimplemento da obrigação principal.⁵⁷⁹

Sem dúvida alguma, as considerações de ordem prática aventadas por esse autor robustecem o caráter coercitivo da multa, todavia, alguma incerteza surge quando se pensa no problema sob o enfoque da multa enquanto instrumento de proteção do poder estatal, semelhantemente ao que ocorre com o *contempt of court* e com multa prevista no ZPO (*Zwangsgeld*).

⁵⁷⁹ TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art.461; CDC, art.84. São Paulo: RT, 2001, p. 254.

Como visto preliminarmente, assim como sucede nesses modelos, é inegável que a multa processual pátria funciona, ainda que não exclusivamente, como mecanismo de tutela da autoridade do Estado (o que não significa que seja ela revestida de caráter punitivo). Todos os dispositivos que autorizam a imposição de multa coercitiva têm por função assegurar a efetividade das decisões judiciais. Por isso é que, segundo Candido Rangel Dinamarco, “as multas costumam associar-se ao instituto do *contempt of court*, considerado que do descumprimento de ordens judiciais importa a insubordinação à autoridade e não só a lesão do credor.”⁵⁸⁰

Luiz Guilherme Marinoni frisa que a multa, “ainda que imediatamente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa precipuamente, a garantir a efetividade das decisões do juiz.”⁵⁸¹

Sustenta-se, nessa linha, que a multa do art. 461 do Código de Processo Civil é um instrumento de direito público, “que busca realçar o *imperium* da ordem judicial expedida contra o réu e o revigoração do dever do mesmo em atendê-la fielmente.”⁵⁸²

Aliás, sem a multa a prestação da tutela jurisdicional mediante a técnica mandamental – isto é, mediante ordem para cumprimento imediato – resultaria em mera exortação ao cumprimento já que divorciada da força coercitiva que emana do poder estatal. Redundaria na evidente inaptidão do Estado-juiz para prestar tutela efetiva aos direitos. Daí se percebe a relevância do papel da multa enquanto mecanismo executivo que dá vazão ao poder do Estado.

Sob esse enfoque, a feição pública da multa acaba por gerar questionamentos sobre a reversão do montante acumulado para esfera patrimonial do autor. Razão pela qual parte da doutrina vai argüir a pertença do crédito ao Estado.⁵⁸³

⁵⁸⁰ DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 235. Em sentido contrário: AMARAL, op. cit., p. 53-56.

⁵⁸¹ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 222.

⁵⁸² SPADONI, op. cit., p. 498.

⁵⁸³ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 369-378; SPADONI, **A multa na atuação das ordens judiciais**, p. 503-505. De acordo com Joaquim Felipe Spadoni, “ao se reconhecer na imposição de multa cominatória uma medida de direito público, de caráter processual, destinada a

Tal posição, sob o ponto de vista da funcionalidade e dos propósitos da multa, mostra-se perfeitamente coerente. Frustrar uma ordem judicial representa algo substancialmente mais gravoso do que o mero descumprimento da obrigação tutelada visto que, naquela hipótese, atinge-se diretamente a autoridade das decisões do Estado.

Isso deve ser compreendido porque o desprestígio das decisões judiciais traz uma série de indesejáveis repercussões que vão muito além da relação processual: em primeiro lugar, faz propagar o sentimento de que inexistente uma instituição pública capaz de proteger a quem se sente lesado; ao lado disso, aniquila-se aquela saudável convicção, indispensável do ponto de vista da cidadania, de que há uma relação recíproca, tempestiva e eficaz entre a transgressão à lei e a sanção legal.

Comprovadamente, nada tem desgastado mais a credibilidade do Poder Judiciário do que a afronta às suas ordens, seja pelos particulares, seja pelo próprio Estado.

Se a multa, ao infligir ameaça de prejuízo pecuniário, dá respaldo as ordens judiciais e vence comportamentos renitentes, não há dúvida que, além de tutelar situações juridicamente protegidas, exerce ela a importante função de assegurar a concretização das decisões judiciais e salvaguardar a autoridade do Estado.

Nessa perspectiva, como bem observam Marinoni e Arenhart, se a multa visa induzir ao cumprimento de uma decisão judicial, quem está “por detrás do benefício que pode ser outorgado pela multa, portanto, não é o lesado ou o autor, mas sim o Estado.”⁵⁸⁴

A questão se torna mais evidente quando se põe em foco a nova diretriz emanada do art. 14 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 10.358/2001. De acordo com o parágrafo único desse dispositivo, configura “ato

assegurar a efetividade das ordens judiciais e a autoridade dos órgãos judicantes, não se consegue vislumbrar fundamento lógico-jurídico que justifique ter a parte contrária direito a receber a importância decorrente da aplicação de multa. Mais coerente seria que o produto da multa fosse revertido ao Estado, em razão da natureza da obrigação violada.” (SPADONI, op. cit., p. 540-505).

⁵⁸⁴ MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: execução**, v. 3, p. 74.

atentatório ao exercício da jurisdição” o descumprimento de decisões de natureza mandamental, assim como a obstrução intencional dos provimentos judiciais.

A importância desse dispositivo na inibição da deslealdade processual e na promoção da efetividade da tutela jurisdicional é tal que a doutrina tem se referido à reforma do art. 14 do Código de Processo Civil como a consagração da figura do *contempt of court* no direito brasileiro.⁵⁸⁵

Ora, se, de acordo com a doutrina mais autorizada, a resistência às ordens judiciais resulta numa espécie de *contempt of court* (desrespeito à Corte), todos os instrumentos que assegurem o cumprimento das decisões estarão, por via de consequência, desencorajando o menosprezo pela autoridade judicial (independentemente de se revestirem de caráter coercitivo ou punitivo). Dentre tais instrumentos, situa-se inegavelmente a multa do art. 461 do Código de Processo Civil e do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, se é fora de dúvida que a multa coercitiva tutela a autoridade do Estado, torna-se paradoxal e injustificável que o produto de sua incidência seja destinado ao autor da ação. Aliás, há muito tempo, autores italianos que se debruçaram sobre tal problemática vivenciada no direito francês reconheceram que a pronúncia da *astreinte* em favor do credor resulta num “*minor equilibrio nella logica dell’istituto e, talvolta, anche di pericolose deviazioni dall’equità*”⁵⁸⁶, além de originar um elemento

⁵⁸⁵ V. a respeito: WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. RT: São Paulo, 2005, p. 585-602; ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, n. 111, 2003, p. 18-37; VAZ, Paulo Afonso Brum. O *contempt of court* no novo processo civil. **Revista de Processo**, n. 118, 2004, p. 149-172; TUCCI, Rogério Cruz e, Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do Código de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 65-77; GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do “contempt of court” brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). **Direito processual (inovações e perspectivas): estudo em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.1-11.

⁵⁸⁶ BORRÈ, Giuseppe, **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare**. Napoli: Jovene, 1966, p. 22.

de desarmonia em relação ao significado processual e publicístico da execução indireta.⁵⁸⁷

No Brasil, antes mesmo das recentes reformas do Código de Processo Civil, Barbosa Moreira já advertia que, como a multa “não tem caráter acessório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto de sua aplicação seja entregue ao credor, em vez de recolhidos aos cofres públicos.”⁵⁸⁸

Tal questão foi objeto de reflexão de Marcelo Lima Guerra, como se observa dos passos adiante citados:

Realmente, é forçoso reconhecer que o credor não tem, em princípio, direito a receber nenhuma quantia em dinheiro, em razão direta do inadimplemento do devedor, que não seja aquela correspondente às perdas e danos. Na relação entre credor e devedor, o primeiro só tem direito ou a prestação contratada ou ao equivalente pecuniário dessa mesma prestação (o ressarcimento em dinheiro pelos prejuízos resultantes da não realização da prestação).⁵⁸⁹

Igualmente atentos a este celeuma, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, não hesitam em afirmar que o Estado deve ser o beneficiário da multa, “uma vez que não há racionalidade em o lesado receber valor que não diz respeito ao dano sofrido. O dano sofrido deve ser ressarcido, e para tanto serve o ressarcimento em pecúnia, não existindo motivo para se admitir que, ao lado do ressarcimento, o lesado receba o valor da multa devida em razão da não observância da decisão judicial.”⁵⁹⁰

Aliás, em estudo próprio, Sérgio Cruz Arenhart frisou que atribuir ao autor o crédito da multa significa promover o enriquecimento sem causa deste. Segundo ele, “outorgar o benefício patrimonial decorrente da cobrança da multa ao autor é atribuir a ele punição ao descumprimento de ordem do Estado; sem nenhuma vinculação tem o

⁵⁸⁷ DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 59.

⁵⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: _____. *Temas de direito processual civil - 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

⁵⁸⁹ GUERRA, *Execução indireta*, p. 207.

⁵⁹⁰ MARINONI; ARENHART, *Curso de processo civil: execução*, v. 3, p. 75. Ver ainda: GUERRA, *Execução indireta*, p. 205-210.

requerente com essa causa e reverter para ela essa importância é dar-lhe crédito que não merece por nenhuma causa, especialmente se considerado que pode ele cumular a cobrança desses valores com indenização por qualquer prejuízo que possa ser sofrido.”⁵⁹¹

Apesar disso, reconhecem os professores da Universidade Federal do Paraná que tal perspectiva não prevalece no direito brasileiro na medida em que este, ao prescrever que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa” (art. 461 do Código de Processo Civil), considera que tanto a indenização quanto a multa pertencem ao autor.⁵⁹²

De fato, embora não isenta de críticas, é essa a orientação que tem predominado tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial em relação à multa coercitiva dos art. 461 do Código de Processo Civil.

No processo coletivo, contudo, de acordo com a regulação dada pela Lei n. 7.347/198 (arts. 13 e 20), o produto da multa é revertido para o Fundo de Defesa de Direitos Coletivos (art. 2.º, V, do Decreto 1.306/94). Por sua vez, a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu art. 214, determina que os valores das multas serão destinados ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.

6.16.2 Soluções no Direito Comparado

Nada obstante prepondera no direito brasileiro a destinação do produto da multa ao autor, fruto da influência do modelo francês, o presente estudo não pode se furtar de chamar a atenção para reflexões desenvolvidas fora da fronteira nacional.

Nesse passo, deve se notar que, quando a questão é o destino do montante da multa periódica, basicamente três soluções podem ser visualizadas: atribuí-la

⁵⁹¹ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 375.

⁵⁹² MARINONI; ARENHART, **Curso de processo: execução**, v. 3, p. 75.

exclusivamente ao autor, atribuí-la exclusivamente ao Estado ou compartilhá-la entre o autor e o Estado.

Como se tratou anteriormente, a primeira solução é aderida na França. Entende-se nesse país que a titularidade do crédito gerado pela *astreinte* pertence ao credor. No entanto, como restou claro no Capítulo 5, essa solução não é imune de questionamentos.

A esse respeito, há que se trazer a bem lançada crítica de Marcelo Lima Guerra em relação à titularidade da multa, a partir do cotejo entre as *astreintes* e a multa brasileira. Segundo esse autor, a orientação prevalecente no Brasil é resultado de uma perspectiva acrítica que, aderindo à solução fornecida pelo direito francês, não leva em conta que, mesmo nesse país, a destinação das *astreintes* ao autor não é severamente criticada.

Nesse sistema, como anota Guerra, “tem sido reiteradamente apontada a incoerência entre a finalidade de preservar a dignidade da justiça e assegurar a sua administração efetiva, que sempre se reconheceu às medidas coercitivas como a multa diária e a *astreinte*, e a solução segundo a qual as quantias em dinheiro arrecadadas com a aplicação dessas medidas seja destinadas ao credor da execução e não ao Estado.”⁵⁹³

Nessa linha, é emblemática a crítica de Perrot:

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

⁵⁹³ GUERRA, **Execução indireta**, p. 206. Vejam-se as observações do processualista quanto analisa aspectos da multa francesa: É que, tendo a *astreinte* por fundamento último, como se reconhece pacificamente em doutrina e jurisprudência francesas, a preservação da autoridade das decisões judiciais, não aparece coerente que a quantia a ser paga em virtude da aplicação da medida reverta em benefício do credor, o que parece ainda mais sem justificativa quando se considera que a *astreinte* é distinta da indenização dos prejuízos resultantes da inexecução, podendo cumular-se com eles. (GUERRA, op. cit., p. 123).

rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!⁵⁹⁴

Ademais, ainda segundo Roger Perrot, a *astreinte* tem tido sua força compulsória minorada na medida em que os tribunais franceses, visando atenuar o enriquecimento excessivo do autor (que, em certos casos, é beneficiado não só com o valor da multa mas também com a indenização por perdas e danos), têm liquidado as *astreintes* num patamar bastante reduzido, o que desvirtua completamente a função da *astreinte*.⁵⁹⁵

Denota-se disso tudo que a crítica mais incisiva dirigida às *astreintes* é seguramente o fato de que a reversão de seu produto para o credor contraria a lógica do instituto e constitui uma forma de enriquecimento injusto e ilegítimo credor.⁵⁹⁶

Compreensível, nesse contexto, a observação de Roger Perrot segundo a qual a atribuição do crédito ao credor tem sido o maior defeito da *astreinte* e a fonte de todas as suas ambigüidades. Talvez por isso o legislador francês, no momento de regular a *astreinte* em matéria administrativa, tenha previsto que o Conselho de Estado “*peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée requérant. Cette part profite au fonds d'équipement des collectivités locales*” (art. 5.º, Lei 80-539 de 16 de julho de 1980).

Dando seqüência ao estudo, impende-se notar que a destinação do produto da multa para o Estado é a solução adotada nos sistemas que contemplam o *contempt of court* como meio de execução indireta e também no ordenamento jurídico alemão.

No tocante ao *contempt of court*, Roger Perrot recorda que na Inglaterra e no Canadá, por exemplo, “*ogni disobbedienza all'ordine del giudice è un reato penale, sanzionato con una multa e, all'occorrenza se c'è una recidiva, con il carcere. In*

⁵⁹⁴ PERROT, Roger. L'astreinte – Ses aspects nouveaux. **Gazette du Palais**, v. 111, III, 1991, p. 808 *apud* GUERRA, op. cit., p. 123.

⁵⁹⁵ PERROT, Le coercizione per dissuadione nel diritto francese, p. 668-669.

⁵⁹⁶ Sobre as críticas da doutrina francesa, ver: SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 443-444.

questo sistema, la multa è una vera pena pubblica che avvantagia non il creditore, ma lo Stato.”⁵⁹⁷

De igual sorte, o Código Processual Civil Alemão (*ZPO*) optou por atribuir a titularidade do crédito da multa (*Zwangstrafen*) ao Estado. Isso é compreensível na medida em que – conforme explica Chiarloni – na regulação do Código se perpetua a concepção de que o não cumprimento da sentença do juiz cível integra um “*Verletzung des Königs*” (desacato ao rei) e como tal é merecedor de punição. Ademais, alguns compartilham a concepção - antiquada, segundo Chiarloni - de que as medidas coercitivas previstas nos §§ 888 e 890 da *ZPO* são “*Verstoss gegen richterliche Autorität*”, ou seja, contravenções praticadas contra a autoridade.⁵⁹⁸

Isso explica o motivo pelo qual, no sistema processual alemão, “*le sanzioni che colpiscono il patrimonio del debitore hanno un’intensa colorazione pubblicistica, che le avvicina alle sanzioni pecuniarie penali, poiché il relativo ammontar viene devoluto allo Stato e non, como avviene per l’astreintes, al creditore.*”⁵⁹⁹

Prevalece, por conseguinte, no ordenamento jurídico germânico, a idéia de que a multa (assim como a prisão coercitiva) visa preservar a autoridade do Estado, não funcionando como pena de caráter privado.

O último modelo merecedor de referência nesse âmbito de discussão diz respeito à sanção pecuniária compulsória prevista no Código Civil Português. Resumidamente, a solução adotada pelo legislador português consistiu em reverter o montante da sanção pecuniária compulsória, em partes iguais, para o autor e para o Estado.

Como bem nota João Calvão da Silva, essa solução híbrida atende à dupla finalidade da multa, isto é, “estimular o cumprimento das obrigações e favorecer o

⁵⁹⁷ PERROT, *Le coercizione per dissuadione nel diritto francese*, p. 668.

⁵⁹⁸ CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980, p. 97.

⁵⁹⁹ CHIARLLONI, **Misure coercitive e tutela dei diritti**, p. 90.

respeito pela autoridade judicial, a fim de que o devedor leve as coisas a sério e não desrespeite o juiz e o interesse do credor.”⁶⁰⁰

O que se percebe, ao cabo dessa exposição, é que, diante da variedade de soluções para a questão em tela, somada às contundentes das críticas dirigidas ao sistema francês, impende que haja uma maior reflexão da doutrina e do legislador brasileiros sobre as benesses de se permanecer adstrito à experiência francesa.

6.16.3 Exigibilidade do Crédito

Merece exame por ora a controversa questão concernente ao momento em que se pode exigir a satisfação do crédito acumulado pela incidência da multa. Note-se que, ao contrário da Lei 7.347/198 (Lei da Ação Civil Pública) e da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que sujeitam expressamente a execução da multa ao trânsito em julgado da sentença, o Código de Processo Civil silencia a esse respeito.

No terreno doutrinário, a busca por soluções apropriadas conduziu à formulação de duas orientações.

A posição majoritária entende que, muito embora a multa incida a partir do momento em que se exaure o prazo razoável para cumprimento (art. 461, § 4º), esta só é suscetível de cobrança executiva após o trânsito em julgado da decisão de procedência.⁶⁰¹

Nessa linha, Candido Rangel Dinamarco sustenta que a possibilidade de execução do crédito advindo da multa ocorrerá depois do trânsito em julgado do provimento mandamental eis que, antes disso, há a possibilidade de reforma da decisão e, por conseguinte, da eliminação da cominação.

⁶⁰⁰ SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, p. 445.

⁶⁰¹ Posicionam-se nesse sentido, entre outros: MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 224-226; DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 239-241.

De acordo com esse autor: “Não seria legítimo impor ao vencido o desembolso do valor das multas, quando ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso.”⁶⁰²

Linha de compreensão distinta defende que a multa pode ser exigida assim que se esgotar o prazo para cumprimento da ordem judicial.⁶⁰³ Nessa hipótese, sustenta-se que pode ser levada a efeito a execução provisória do crédito da multa a partir do momento em que se constata o descumprimento do comando judicial⁶⁰⁴, ou seja, após transcorrido o prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da decisão (art. 461, § 4.º) sem que haja recurso com efeito suspensivo.

Segundo Eduardo Talamini, “diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, o crédito da multa é desde logo exigível. Contudo, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente ‘provisória’(CPC, art. 588).”⁶⁰⁵

Argumenta-se, ademais, em defesa da possibilidade de execução do crédito da multa antes do trânsito em julgado - mediante execução provisória, sobre o fato de que não haveria sentido em se autorizar a antecipação dos efeitos da tutela conjugada à multa, sem que seja possível cobrar, de forma imediata, o crédito decorrente da incidência do meio executivo.

⁶⁰² De acordo com entendimento com Candido Rangel Dinamarco a possibilidade de execução do crédito advindo da multa ocorrerá depois do trânsito em julgado do provimento mandamental. O processualista faz a seguinte distinção: a) para as multas fixadas em sentença ou acórdão portador do julgamento de mérito, o crédito da multa será exigível após o trânsito em julgado do preceito mandamental uma vez que, antes disso, haverá a possibilidade do preceito ser reformado; b) para multa imposta em decisão interlocutória, que antecipa os efeitos da tutela, o entendimento deve ser o mesmo haja vista o caráter provisório da antecipação. (DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 239-240).

⁶⁰³ Eduardo Talamini sustenta a exigibilidade da multa assim que se torne eficaz a decisão que a impôs, vale dizer, quando não mais sujeito a recurso com efeito suspensivo. (TALAMINI, op. cit, p. 253). Nesse sentido: GUERRA, **Execução indireta**, p. 211-213.

⁶⁰⁴ JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 372.

⁶⁰⁵ TALAMINI, op. cit, p. 253.

Em resposta a tal argumentação, é possível se ponderar que o art. 461, § 3.º autoriza a concessão da tutela antecipada, o que não se confunde com o direito de promover a cobrança imediata do produto decorrente da fluência da multa. A multa, como já tratado, é um meio executivo que, ao constranger a vontade do demandado, induz ao cumprimento da decisão judicial, seja ela final ou antecipatória. Como bem assevera Marinoni, a coerção ao cumprimento - característica basilar da execução por meio de multa - opera mediante “ameaça de pagamento da multa”.⁶⁰⁶

Para se alcançar o constrangimento da vontade do devedor mediante a execução por meio de multa faz-se necessário que o meio executivo seja aplicado corretamente - ou seja: que o meio executivo seja direcionado para aquele deve dar atendimento ao comando judicial (p. ex.: diretor de uma empresa ou a autoridade pública competente para a prática do ato imposto), em quantia suficiente para a anular o custo-benefício do descumprimento, na cadência adequada, etc. -, o que não equivale a dizer que deva ela ser cobrada sem que haja decisão final de procedência.

Por outras palavras, o direito ao meio executivo adequado à tutela do direito exige que o juiz aplique a multa de forma a pressionar psicologicamente a vontade do devedor, isto é, demonstrando as reais desvantagens da renitência. Todavia, isso não autoriza que o patrimônio do devedor seja atingido sem que haja uma decisão final credenciando o direito invocado pelo autor.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 225.

⁶⁰⁷ Na jurisprudência: “APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ASTREINTES. INEXIGIBILIDADE. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO MERITÓRIA. As *astreintes* fixadas para cumprimento de tutela antecipada somente são exigíveis depois do trânsito em julgado da sentença de mérito que confirme o provimento liminar que as arbitrou. Não tendo as *astreintes* finalidade ressarcitória, descabido falar na sua exigibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, notadamente porque eventual revogação da tutela antecipada gerará, em princípio, a inexigibilidade da multa arbitrada pela decisão interlocutória. Doutrina e jurisprudência. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70018525964. Relator: Desembargador Pedro Celso Dal Pra. 08 mar. 2007. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 15 mar. 2007).

“Tendo em vista a possibilidade de reversão da tutela antecipada, a execução da multa cominatória ali fixada somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória do processo de conhecimento.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de instrumento n.

Nessa ordem de idéias, impende perceber que a efetividade da multa não depende da cobrança de seu produto, caso contrário - como pondera Marinoni - a cobrança faria parte dos instrumentos indispensáveis à efetividade da tutela jurisdicional.⁶⁰⁸ Vale a pena transcrever as palavras do processualista:

O que importa, em outras palavras, quando se pensa na finalidade coercitiva da multa, “é a ameaça de o réu ter que futuramente arcar com ela. Com efeito, é importante deixar claro que a multa cumpre seu papel através da ameaça que exerce sobre o réu; a multa não precisa ser cobrada antes do trânsito em julgado. A finalidade coercitiva não se relaciona com a cobrança futura; essa possibilidade é suficiente para atemorizar o demandado e, assim, convencê-lo a adimplir”⁶⁰⁹.

Por esse motivo, deve-se compreender que a concessão da tutela antecipada, quando consubstanciada em ordem acompanhada da ameaça de multa, não significa que se esteja atribuindo um crédito ao autor. Há, portanto, que se subscrever à advertência feita por Dinamarco:

A execução provisória que se permite nesses casos é mais uma técnica de aceleração de resultados, oferecida ao vencedor para obtenção do bem a que provavelmente tenha direito, mas seria ir longe demais oferecer-lhe a possibilidade de obter o bem mais a pecúnia sancionatória pelo atraso, quando o próprio bem pode vir a ser-lhe subtraído depois (uma das regras inerentes ao regime da execução provisória é a da restituição ao *status quo ante*: CPC, art. 588, inc. III, red. lei n. 10.444, de 7.5.2002).(...), não seria sequer prudente abrir caminho para um prejuízo adicional que seria o desembolso prematuro do valor das multas.⁶¹⁰

De mais a mais, assumindo a premissa de que, na hipótese de improcedência do pedido do autor, o demandado deve ser exonerado do produto derivado da fluência da multa, há que se concluir, por via de conseqüência, que a sentença de procedência

0279583-5. Relator: Juiz convocado Joatan Marcos de Carvalho. 08 mar. 2005. **Diário da Justiça**, Curitiba, 15 abr. 2005).

⁶⁰⁸ MARINONI, **Tutela específica...**, p. 109-110. Segundo explica o autor: “O fato de o valor da multa não poder ser cobrado desde logo não retira seu caráter de coerção. O réu somente não será coagido a fazer ou a não fazer quando estiver seguro de que o último julgamento lhe será favorável.”

⁶⁰⁹ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 225.

⁶¹⁰ DINAMARCO, **A reforma da reforma**, p. 240.

transitada em julgado é um pressuposto para que o beneficiário postule a execução do crédito decorrente da fluência da multa. Para imprimir solidez ao raciocínio, merece referência o escólio de Marinoni:

Se o nosso sistema confere ao autor o produto da multa, é completamente irracional admitir 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 executar (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória. Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão, apenas porque o réu deixou de adimplir uma ordem do Estado-juiz.⁶¹¹

No mesmo sentido, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem as *astreintes* “somente são devidas após o trânsito em julgado da sentença onde foram fixadas e após o não-cumprimento do julgado no prazo assinado pelo juiz, se outro não estiver já determinado.”⁶¹²

Vale a pena chamar atenção para o fato de que o posicionamento alvitrado é endossado por países com longa experiência no emprego de multas coercitivas. Para tanto, chama-se a atenção para a disciplina das *astreintes* nos países do Benelux. Escrevendo sobre o tema, Bruno Capponi noticia que a Corte de Justiça de Bruxelas enfrentou a questão prejudicial relativa à possibilidade da *astreinte* “*essere soggetta ad autonoma esecuzione allorché la condanna principale non sia di per sé esecutiva (ad esempio, per la proposizione dell’apello ed in difetto di clausola di esecutorietà par provision)*.”⁶¹³

Conforme noticia o professor italiano, a Corte de Bruxelas decidiu que a lei uniforme sobre as *astreintes* deve ser interpretada “*nel senso che l’esecutorietà dell’astreinte debba necessariamente seguir il regime della condanna principale*.”⁶¹⁴

⁶¹¹ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 225.

⁶¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1138.

⁶¹³ CAPPONI, Bruno. *Astreintes* nel processo civile italiano? **Giustizia civile**, n. 4, 1999, p. 165.

⁶¹⁴ CAPPONI, Bruno. *Astreintes* nel processo civile italiano? **Giustizia civile**, n. 4, 1999, p. 165.

Isso significa que, enquanto a decisão principal for provisória, não se pode pretender promover a execução do resultado econômico da multa. De outra banda, a improcedência da decisão principal, conduz à supressão da multa, com a conseqüente desoneração do demandado.

6.16.4 Execução do Crédito

Antes das alterações promovidas no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232 de 2005, a doutrina era praticamente unânime no sentido de que a execução do crédito da multa era levada a efeito mediante execução por quantia certa.

Contudo, as mudanças promovidas pela referida lei no Código Processual, deram nova roupagem à forma de execução dos títulos executivos judiciais. Para a concretização dos direitos reconhecido nestes, segundo a nova sistemática, não há mais a necessidade de ajuizamento de uma nova ação.

Nos termos do art. 475-I do Código de Processo Civil, em se tratando de obrigação por quantia certa, o cumprimento da sentença far-se-á por execução na forma de Capítulo X, Título VII, do Livro I. Portanto, no tocante à execução do crédito decorrente do acúmulo da multa, dever-se-á seguir o procedimento previsto nos arts. 475-I a 475-R do Código de Processo Civil.⁶¹⁵

Assim, desejando executar o produto da incidência da multa, “o credor liquidá-la-á mediante cálculo (art. 475-B), e na inicial respectiva, provará a ocorrência do adimplemento.”⁶¹⁶ Em outras palavras, o credor simplesmente deve requerer o cumprimento da sentença (475-J), instruindo o requerimento com a memória discriminada e atualizada do cálculo (475-B).⁶¹⁷

⁶¹⁵ Conforme explica Cassio Scarpinella Bueno, “as providências que ocupam os arts. 475-I e 475-J dizem respeito à hipótese de alguém ter de pagar alguma quantia de dinheiro para outrem, assim *reconhecido* (declarado) por sentença, e não o fizer.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 79).

⁶¹⁶ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 567.

⁶¹⁷ “Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo

O *dies a quo* normalmente é aquele subsequente ao descumprimento. Quanto ao *dies ad quem*, será determinado no processo em função da apuração do dia em que a obrigação veio a ser efetivamente cumprida ou que deixou de incidir. Calculado o espaço de tempo entre os dois termos, ter-se-á, por simples cálculo aritmético, a definição do *quantum* a executar.

Tenha-se claro que a execução do direito que depende da prestação de um fazer, de entrega de coisa ou de uma abstenção, da qual se originou o crédito da multa, permanece disciplinada pelos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil até que seja efetivada ou até que o credor, abrindo mão do cumprimento *in natura*, solicite a tutela pelo equivalente pecuniário.

o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.” Isso significa que, nos casos em que a obtenção do valor da obrigação dependa da realização de mero cálculo aritmético que não necessite de auxílio técnico, não há fase intermediária de liquidação.

7 EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA: A PROBLEMÁTICA EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA

7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A utilização da multa, enquanto meio executivo preordenado a assegurar a tutela do direito, não pode ser mais encarada como uma forma de ofensa à esfera jurídica do devedor; ao contrário, no contexto do Estado Constitucional, a concepção, por parte do legislador, e a utilização, pelo juiz, de instrumentos processuais aptos a prover tutela adequada e célere do direito, dentre os quais se incluem todos os mecanismos de coerção ao cumprimento, decorre do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Se havia (e inegavelmente sempre houve) situações materiais carentes de tutela – seja no ordenamento jurídico processual brasileiro, seja em ordenamentos estrangeiros – não se pode atribuir isso a uma falta de reivindicação do direito material em si, mas a completa inaptidão das técnicas processuais para prover tutela jurisdicional efetiva.⁶¹⁸

Por isso compreender-se que, na perspectiva da doutrina tradicional, cujos conceitos ainda remontam à fase autonomista, o processo disciplinado pelo Código de Processo Civil sempre foi uma figura incapaz de ser configurada conforme o plano

⁶¹⁸ TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatisti. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989 p.63-64. Sobre a inaptidão da técnica processual, Sérgio Cruz Arenhart afirma que: “Preocupada exclusivamente com a lógica interna do processo, a ciência processual afastou-o do direito material, enclausurando o objeto de sua análise, sem considerar mais aquilo que exigia (e necessitava) a realidade concreta do direito a ser protegido. Criou-se, assim, o processo padronizado (ordinarizado), plenário, a ser aplicado a toda e qualquer situação carente de proteção jurisdicional. (...) Esse processo, todavia, infenso à realidade e às necessidades de cada caso concreto, hermético e divorciado do direito material, preocupado exclusivamente em respeitar seus dogmas, diretrizes e princípios internos, acabou por afastar o cidadão da proteção social.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p. 27).

material e inapta a fornecer resposta célere e compatível com as necessidades contemporâneas.⁶¹⁹

Tal inabilidade da técnica processual em prestar tutela efetiva ao direito ficava mais evidente ainda quando se estavam em jogo situações dependentes de um fazer ou de um não fazer.⁶²⁰ As prestações de fazer ou de não fazer (nascidas de relações obrigacionais ou de deveres legais) sempre foram as que melhores condições ofereceram ao demandado que pretendesse resistir ao cumprimento.

Conforme demonstrado ao longo dos capítulos precedentes, a reforma processual de 1994 inovou no sentido de “armar o juiz de poderes muito intensos, destinados a combater a resistência do demandado em todos esses casos”⁶²¹. A técnica processual viabilizada art. 461⁶²² do Código de Processo Civil permite ao juiz desencadear todos os mecanismos necessários à tutela do direito material, seja por meio de medidas de execução indireta, seja por meios sub-rogatórios capazes de atingir a prestação devida.⁶²³

Dentre tais medidas, ocupa papel de destaque a multa, cujo objetivo primordial é emprestar força coercitiva ao provimento judicial mediante o constrangimento da vontade do demandado.

⁶¹⁹ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 42.

⁶²⁰ Sobre o tema: DINAMARCO, Candido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 12-13; GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 251-269.

⁶²¹ DINAMARCO, Candido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 13.

⁶²² Técnica processual igualmente insculpida no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e que se estende ao art. 461-A, em razão parágrafo 3.º desse último dispositivo.

⁶²³ “O legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, o que importa, mais que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito. E, para obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providencias e medidas legais adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença.” (WATANABE, Kazuo et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 524.)

Por meio da multa, ao mesmo tempo em que se salvaguarda a autoridade da função jurisdicional, identifica-se um mecanismo processual potencialmente idôneo para realizar a tutela dos direitos materiais que dependam de um fazer, de um não fazer ou da entrega de coisa⁶²⁴ porquanto induz o demandado a prestar exatamente o que prometeu (em se tratando de direitos obrigacionais) ou a observar o dever legal.⁶²⁵

A multa, como foi tratado anteriormente, corresponde a um meio de coerção indireta de caráter econômico, que visa influir psicologicamente no ânimo do demandado para que este desempenhe a prestação a qual se negara a cumprir ou para que não pratique ato contrário ao direito. Trata-se, por conseguinte, de uma técnica processual indispensável para a tutela de vários direitos que dependem de prestações de conduta, isto é, prestações de fazer, de não fazer, de entrega de coisa e, em hipóteses excepcionais, de pagamento de soma em dinheiro.

Comprovadamente o seu emprego supera, em grande medida, os obstáculos que se opõe à efetivação das decisões, potencializando, por conseguinte, a obtenção da tutela específica do direito.

Porém, toda sua eficácia parte da premissa que o ordenado sinta-se, frente à possibilidade de experimentar o prejuízo patrimonial ensejado pela sanção, constrangido a cumprir a ordem judicial.

Por via de consequência, como sua finalidade é constranger o demandado ao cumprimento, sua aplicação pressupõe “que o sujeito que deve cumprir a ordem seja também aquele que sofrerá o prejuízo decorrente da aplicação da multa.”⁶²⁶

É precisamente à luz dessa premissa que se constata uma hipótese de inefetividade na sua aplicação: a possibilidade de a multa tornar-se inoperante enquanto mecanismo de coerção ao cumprimento ocorre, acentuadamente, quando no

⁶²⁴A utilização da multa coercitiva estende-se também à sentença que reconhece a obrigação de entrega de coisa (art. 461-A, § 3.º)

⁶²⁵ Por exemplo: dever de manter o meio ambiente equilibrado, dever não infringir direito de patente, dever de não violar os direitos derivados da propriedade industrial, etc.

⁶²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p. 980.

pólo passivo da relação processual se encontra uma pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado.

Para que se compreenda essa hipótese, basta pensar no exemplo do administrador público que, tendo ciência de que a multa coercitiva recai sobre o patrimônio da pessoa jurídica, não dá cumprimento à ordem judicial.

Pense-se, ainda, em um caso envolvendo ordem para fazer cessar a emissão de poluentes de uma indústria. Ninguém nega que a imediata cessação do ato ilícito só ocorrerá se o diretor da pessoa jurídica – que, a rigor, não é parte no feito – tome providências no sentido de conter a propagação dos poluentes.

Nessas situações, como é evidente, a pessoa natural que incorpora os poderes jurídicos para dar cumprimento ao comando judicial não é pressionada pela multa já que sua esfera jurídica não sofrerá nenhum tipo de agressão patrimonial.

Esse problema pode ser explicado pelo fato de que o processo de personificação jurídica, na medida em que estabelece a autonomização da pessoa jurídica em relação aos seus integrantes e dirigentes, faz com que a ordem e o encargo pelo descumprimento (isto é, a incidência da multa) sejam atribuídos à pessoa jurídica exclusivamente, prescindindo do elemento volitivo que existe por trás da instituição. Por outras palavras, a multa, quando destinada à pessoa jurídica, não ameaça aquele que é verdadeiramente responsável pelo cumprimento da ordem.

No entanto, e isso é evidente, a vontade responsável pelo cumprimento da decisão judicial é exteriorizada por um terceiro (p.ex: o dirigente, o funcionário, o agente público, a autoridade coatora, etc.) e não pela pessoa jurídica que, enquanto mera construção formal do direito, é destituída de vontade própria.

Nesse contexto, a multa coercitiva, que sempre foi pensada como um mecanismo para o constrangimento da vontade do ordenado, tem seu potencial coercitivo expressivamente mitigado, já que não recai sobre a esfera pessoal daquele que deve cumprir a ordem.

É aí que reside a grande problemática da efetividade da execução por meio de multa contra a pessoa jurídica. Denota-se a ineficácia da aplicação dos meios coercitivos quando esses são dirigidos à esfera de outrem (que não aquele que deverá cumprir a ordem judicial).

Identificado esse quadro de inoperância da multa, é natural que se indague: *é possível que seja superado tal impasse?*

A obtenção da resposta a essa pergunta é o *objeto do presente capítulo* cujo desenvolvimento é estruturado a partir da seguinte *hipótese*: se é verdade que o cumprimento do comando contido na decisão judicial, quando endereçado à pessoa jurídica, depende de ato daqueles que a dirigem, a multa – enquanto mecanismo de pressão psicológica – só atingirá seu escopo caso incida na esfera da pessoa física responsável pelo cumprimento da decisão.⁶²⁷

Calha observar, como bem expôs Arenhart que o incentivo “sentido pelo diretor de uma empresa, que é ordenado a praticar um fato, sob pena de incidir, sobre a empresa que administra, determinada multa diária, claramente não é o mesmo que receberia se a multa fosse dirigida à sua pessoa.”⁶²⁸

Portanto, é sobre a possibilidade de se cominar multa coercitiva a terceiro que corporifica a vontade da pessoa jurídica que recairá o estudo a partir de agora. Objetiva-se, com efeito, perquirir sobre a viabilidade fática e jurídica do direcionamento da multa coercitiva a terceiros responsáveis pela pessoa jurídica, de cuja ação ou omissão depende, diretamente, o cumprimento do provimento jurisdicional.

Há, nesse passo, que se pensar nos critérios que devem orientar o órgão jurisdicional no momento da eleição da forma e do meio executivo adequado ao caso

⁶²⁷ Tenha-se claro desde logo que, ao se falar em terceiros responsáveis, aduz-se àqueles que, dentro da estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, têm o poder de cumprir o comando judicial. Nessa classificação enquadram-se os diretores, administradores e demais funcionários de uma sociedade empresarial, bem como administradores públicos e agentes administrativos em geral.

⁶²⁸ ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, p. 980.

concreto, levando-se em conta, notadamente, a necessidade de se harmonizar o direito fundamental de ação às garantias e princípios assegurados na Constituição.

A direção a ser tomada a partir de agora, portanto, concerne exclusivamente ao exame dessa temática.

7.2 A PERCEPÇÃO DO PROBLEMA PELA DOUTRINA BRASILEIRA

Muito embora diversos estudos na área de direito processual tenham dado atenção ao estudo da multa coercitiva como mecanismo de implementação das decisões que encerram comandos de fazer e de não fazer, o tema referente à execução de multa contra a pessoa jurídica foi objeto de raríssimos estudos no Brasil.

Como esse é o foco do presente do estudo, parece oportuno, antes de ousar assumir posições e conclusões próprias, verificar como se tem pronunciado a doutrina que tratou do assunto. Para tanto, buscar-se-á, de forma sintética, resgatar a perspectiva e as reflexões de alguns processualistas sobre o cerne dos problemas aqui examinados.

7.2.1 A Perspectiva de Marcelo Lima Guerra

Um dos principais processualistas a tratar do tema foi Marcelo Lima Guerra. De acordo com ele, é comum ocorrer que “a realização da prestação devida e a conseqüente satisfação do credor, esteja a depender, concretamente, de ato de terceiro, em relação ao processo de execução.”⁶²⁹ Salienta o autor que tal possibilidade é verificada quando o devedor é uma pessoa jurídica.

Segundo Guerra, o direito fundamental à tutela executiva permite uma resposta apropriada ao problema na medida em que autoriza a cominação de multa

⁶²⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 128.

diária, ou outra medida coercitiva, contra esse mesmo terceiro responsável pela pessoa jurídica. Sob a perspectiva de Guerra,

a medida coercitiva, como instrumento de pressão psicológica, deve ser exercida contra uma *vontade, enquanto fenômeno psíquico*. Daí que, imposta contra pessoas jurídicas, as medidas coercitivas tender a ser eficazes apenas naquelas hipóteses em que possa, dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir também um vontade humana.⁶³⁰

Na visão do processualista, as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado, caracterizadas pela impessoalidade (como uma sociedade por ações), dificilmente sofrerão a pressão coercitiva ínsita ao objetivo da multa diária. O autor aduz que, nesses casos, “é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer uma efetiva pressão psicológica sobre a vontade daquela específica pessoa física responsável direto pelo cumprimento da prestação devida.”⁶³¹

Portanto, a inadequação da utilização da medida de execução indireta resulta de sua incidência sobre o patrimônio da pessoa jurídica.

Caso a pessoa jurídica de direito público se sinta prejudicada pelo ato de seu administrador, caberá propor ação regressiva contra o agente que deu causa à incidência concreta da multa para obter dele o ressarcimento. Adverte o autor, todavia, tendo como foco as pessoas jurídicas de direito público, o seguinte:

Sabendo-se que a propositura dessa ação depende, muitas vezes, de ato ou iniciativa da mesma pessoa física referida, a qual detém, obviamente, poder de direção dentro da própria pessoa jurídica devedora (pois do contrário não poderia ser o responsável direto pelo cumprimento da prestação devida) e pode, por isso mesmo, sempre ser retardada por manobras políticas, inclusive com a saída de tal dirigente, torna-se tão remota a possibilidade dessa ação regressiva, que a ameaça da multa é reduzida drasticamente.⁶³²

⁶³⁰ GUERRA, Id.

⁶³¹ GUERRA, Id.

⁶³² GUERRA, **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, p. 128.

Em razão dessa problemática, a solução dada por Guerra é “a aplicação da multa diária contra a própria pessoa física, de cuja ação ou omissão depende, diretamente, o cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*.”⁶³³

7.2.2 A Perspectiva de Sérgio Cruz Arenhart

Em artigo intitulado “*A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros*”, Sérgio Cruz Arenhart trata da necessidade de participação de terceiros para se dar concretude aos provimentos judiciais.

O processualista demonstra, inicialmente, ser natural que terceiros sofram os efeitos decorrentes da decisão judicial. Exemplifica isso, citando os efeitos *erga omnes* das decisões constitutivas e registra duas hipóteses previstas em lei, qual seja, o caso do sublocatário que sofre as conseqüências da ação de despejo promovida em face do locatário (art. 15 da Lei n. 8245/91) e do adquirente de coisa litigiosa que se submete aos efeitos da sentença proferida em face das partes originárias (art. 42, § 3.º, do Código de Processo Civil).

Nada obstante a ilustração desses casos, Sérgio Cruz Arenhart esclarece que a extensão dos efeitos da decisão judicial a terceiros não depende de expressa previsão legal. Em qualquer caso em que se permite que um terceiro participe do processo sob o argumento de que há interesse processual em sua interferência, visivelmente está-se diante de uma hipótese em que a esfera desse terceiro, em alguma medida, é atingida pela decisão judicial.

Nesse sentido, o autor assinala que o aspecto caracterizador do interesse processual “nada mais é do que a concretização de efeitos reflexos da decisão judicial sobre a relação jurídica titularizada pelo terceiro.”⁶³⁴

⁶³³ GUERRA, Id.

⁶³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p. 954.

Fixada essa idéia inicial, o processualista detém-se na análise da participação de terceiros em relação ao cumprimento das decisões judiciais. De acordo com Arenhart, a nova redação do art. 14 do Código de Processo Civil permite concluir que “os terceiros (interessados ou não) devem colaborar para fazer cumprir as decisões judiciais, seja realizando a decisão mandamental dirigida a eles, seja omitindo-se em oferecer embaraços à concretização das decisões judiciais.”⁶³⁵

Em relação às ordens dirigidas a terceiros, Arenhart faz questão de discriminar três categorias: terceiros interessados, terceiros indiferentes, e terceiros administradores ou responsáveis pela parte.

Arenhart justifica a estruturação dessa última categoria de terceiros pelo fato de que “embora sejam caracterizados como terceiros para os fins do processo, são eles quem, normalmente, deverão cumprir as determinações judiciais.”⁶³⁶

Sem embargo disso, como anota o autor, esses terceiros poderão invocar a distinção de personalidades jurídicas (“a sua e a da empresa que administra, ou do sujeito que representa”), a fim de impedir que a sanção decorrente do descumprimento da decisão judicial afete sua esfera jurídica.⁶³⁷ É justamente nesse terreno que se encontra um obstáculo à plena concretização da execução por meio de multa em face da pessoa jurídica.

Para melhor enquadramento da problemática, convém transcrever a argumentação do processualista:

De fato, não raramente se nota a ineficácia da aplicação dos meios coercitivos quando esses são dirigidos à esfera de outrem (que não aquele que deverá cumprir a ordem judicial). O estímulo sentido pelo diretor de uma empresa, que é ordenado a praticar um fato, sob pena de incidir, sobre a empresa que administra, determinada multa diária, claramente não é o mesmo que receberia se a multa fosse dirigida à sua pessoa.⁶³⁸

⁶³⁵ ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, p. 964.

⁶³⁶ ARENHART, *Ibid.*, p. 980.

⁶³⁷ ARENHART, *Id.*

⁶³⁸ ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, p. 980.

Note-se que, em estudo anterior, Arenhart já havia advertido que a multa coercitiva deveria ser pensada de maneira “a realmente gerar a ameaça de mal que representa, e de forma que esse mal efetivamente represente para o ordenado prejuízo relevante – a ponto de induzi-lo a observar a ordem judicial.”⁶³⁹ Portanto, é compreensível sua preocupação diante dessa hipótese em que a multa não exerce pressão psicológica sobre aquele que, de fato, deve cumprir o comando judicial.

A solução encontrada pelo autor, para preservar a função coercitiva da multa (e, assim, de forma legítima, efetivar as ordens endereçadas à pessoa jurídica), é redirecionar o mecanismo de coerção indireta para a esfera pessoal do terceiro administrador, sendo que tal proposta encontra respaldo na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

Trata-se, em síntese, de desprezar os efeitos da personificação toda vez que ela estiver funcionando como óbice à concretização das decisões judiciais.⁶⁴⁰

7.2.3 A Perspectiva de Luiz Guilherme Marinoni

Ainda recuperando a perspectiva e reflexões de alguns processualistas sobre o cerne dos problemas aqui implicados, vale a pena agora trazer a lume as considerações de Luiz Guilherme Marinoni.

Esse autor abordou a problemática quando tratou da imposição de multa contra a autoridade pública capaz de dar atendimento à decisão judicial. Segundo o

⁶³⁹ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 353.

⁶⁴⁰ É digno de nota o raciocínio do processualista: “Observa-se, da redação do dispositivo [art. 50 do Código Civil], que a aplicação da desconsideração pode ser requerida em qualquer processo, independentemente de ação própria. Outrossim, parece claro que o uso da empresa como anteparo ao não cumprimento de ordens judiciais configura o desvio de finalidade, apontando pelo preceito como causa da desconsideração. Por derradeiro, a consequência determinada pela lei (a extensão a bens particulares do administrador ou do sócio da responsabilidade da empresa) é exatamente a finalidade aqui buscada. Assim, a regra invocada apresenta-se como suficiente à questão em exame prestando-se com justificação, para impor, diretamente, ao administrador, a sanção pecuniária coercitiva destinada a fazer cumprir, pela empresa, a deliberação judicial.” (ARENHART, op. cit, p. 981-982).

professor paranaense, se a meta da multa é compelir o réu a cumprir, sua efetividade vai depender da sua capacidade de intimidação e, por conseguinte, somente terá sentido se incidir sobre uma vontade.⁶⁴¹

De acordo com o autor, “*se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público*”⁶⁴², não há razão em fazer a multa incidir sobre o patrimônio da pessoa jurídica.

Nessa linha de raciocínio, tendo como certo que a pessoa exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, não haveria lógica em não se admitir que a multa seja imposta ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional, diretamente.

Ainda nesse passo, Marinoni rejeita a argumentação segundo a qual a autoridade pública não poderia ser obrigada a pagar multa decorrente de ação em que não é parte.⁶⁴³

A sanção pecuniária, para Marinoni, “somente pode ser exigida *da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão* – e não a cumpriu. A tese que sustenta que a multa não pode recair sobre a autoridade somente poderia ser aceita se partisse da premissa – completamente absurda – *de que o Poder Público pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público.*”⁶⁴⁴

⁶⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 661-662.

⁶⁴² MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 662. Cf.: “Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente poderá ser imposta se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão.” (MARINONI, Id.).

⁶⁴³ Cf.: “Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente poderá ser imposta se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão.” (MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 662).

⁶⁴⁴ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 662.

7.3 A QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO

Demarcada a relevância do problema à luz da doutrina brasileira, é oportuno, como segundo passo, verificar como alguns sistemas processuais estrangeiros têm se portado diante de hipóteses em que o cumprimento da ordem judicial depende da participação do terceiro responsável pela pessoa jurídica.

No plano do direito comparado há algumas iniciativas merecedoras de referência. É o caso do *contempt of court* no sistema anglo-americano e canadense, de um lado e, de outro, a multa coercitiva prevista no direito espanhol para a execução de sentenças contra a Administração Pública. Também merece destaque a disciplina das *astreintes* no direito argentino.

Sobre tais iniciativas recairá, por ora, um exame comparatístico que não pode prescindir, entretanto, de prévias advertências de cunho metodológico.

O exame de direito comparado adiante levado a efeito não tem qualquer pretensão de buscar soluções prontas em sistemas alienígenas e implantá-las irrefletidamente no sistema processual brasileiro. Não é esse, por certo, o propósito do estudo.

A pretensão do estudo, mais do que encontrar soluções, é chamar para si o dever acadêmico de expor fatos e problematizar idéias. Para tanto, não se poderia negligenciar quanto ao fato de que outros sistemas já se depararam com o problema para o qual ora se dá atenção e, dentro de sua lógica e de sua principiologia própria, intentaram articular soluções adequadas.

Deve-se considerar, ainda, como justificativa metodológica, que o direito comparado constitui uma ferramenta analítica profundamente crítica na medida em que concebe uma inestimável chave de leitura do sistema processual nacional, seja propiciando o reconhecimento dos méritos deste, seja fazendo avultar suas deficiências.

É, sob essa perspectiva, que se afigura salutar lançar mão de um estudo comparativo; na esperança de que o sistema pátrio possa, no limite do que é possível, beneficiar-se das experiências vivenciadas fora da fronteiras nacionais.

7.3.1 Direito Norte-americano

O sistema processual anglo-americano mais do que nenhum outro dirigiu especial atenção à problemática que ora se põe em foco. Os ordenamentos jurídicos pertencentes à tradição anglo-americana foram obrigados, diante dos problemas práticos emergentes, a tomar posição quanto à efetivação das decisões judiciais em face de terceiros.

Por via de consequência, esse sistema foi instado a se posicionar sobre a possibilidade da aplicação das medidas processuais de coerção contra terceiros para o fim de se concretizarem as decisões judiciais.

No longo período de desenvolvimento desse sistema, formou-se uma variedade de debates - tanto na seara jurisprudencial, quanto no terreno doutrinário - sobre a questão da extensão dos efeitos das *injunctions* para *non-parties* (terceiros).⁶⁴⁵

A principal chave de leitura desse problema - para a qual se dirigirá a atenção a partir de agora, conseqüentemente - encontra-se na técnica de execução indireta formada pela combinação entre ordens judiciais que impõem um fazer ou uma abstenção (*injunction* e *decree of specific performance*) e o *contempt of court*.

Recorde-se que a *injunction* é uma espécie de ordem judicial, originariamente emanada da jurisdição de *equity*, que tem como conteúdo a determinação para que

⁶⁴⁵ Sempre houve no direito norte-americano a preocupação com a amplitude subjetiva e objetiva daquelas decisões que operam *in personam*, isto é, decisões originariamente emitidas por uma Corte de *Equity* que visam um comportamento comissivo ou omissivo da parte. É o caso, por exemplo, das *injunctions* e das *orders of specific performance*. V. a respeito: DOBBS, Dan. B. *Contempt of court: a survey*. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 183-284; *Contempt proceedings against persons not named in a injunction*. **Harvard Law Review**, v. XLVI, 1933, p.1311-1317; *Contempt Injunctions – Federal civil decree deputy sheriff to resign from office – Lance v. Pumbler* (5th Circ. 1965). **Michigan Law Review**, v. 65, n. 3, 1967, p. 556-563.

alguém faça ou deixe de fazer determinado ato.⁶⁴⁶ A *specific performance*, a seu turno, é uma ordem judicial que determina o cumprimento de uma obrigação contratual na forma específica.⁶⁴⁷

O descumprimento da *injunction* ou de uma *order of specific performance* geralmente faz com que o renitente seja submetido ao *contempt of court*. Para essa hipótese, a *common law* coloca à disposição dos juízes e tribunais uma ampla gama de meios e procedimentos de execução para que a autoridade, o respeito e a dignidade confrontados pelo ato de submissão sejam restaurados.⁶⁴⁸

Nesses casos em que se lança mão do *contempt of court* para vencer a resistência do ordenado ao cumprimento da decisão judicial, este mecanismo funciona especificamente como um instrumento de execução.⁶⁴⁹

Essa observação é indispensável por que, como bem se sabe, o *contempt of court* também pode funcionar como um instrumento para aplicação de sanção punitiva. Isso sucede toda vez que seu propósito for o de reivindicar a autoridade de Corte. Por sua vez, quando o *contempt* tiver como propósito funcionar como meio de efetivação das decisões judiciais, a Corte aplicará medidas fundamentalmente coercitivas com vistas a induzir o réu ao cumprimento da decisão.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C.. **American civil procedure: an introduction**. New Haven and London: Yale University, 1993, p. 196-199.

⁶⁴⁷ TARUFFO; HAZARD JR.. **American civil procedure: an introduction**, p. 199-200.

⁶⁴⁸ “Every system of resolving dispute must, in some form and under some name, provide for at least these two things: its own power to preserve the orderliness of the decision-making process and its own power to enforce decisions once made (...) The power to enforce decrees, once made, is likewise essential and important, though often enough this is done through execution of sentence rather than the contempt power.” (DOBBS, Dan. B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971, p. 184-185).

⁶⁴⁹ “The kind of contempt proceeding used when a court is disobeyed – other than one made during the course of a trial – is usually compliance or getting the opposing party what he is entitled to by way of relief. In such cases, the contempt power is used much the way a writ of execution might be used, though usually with more effect.” (DOBBS, op. cit., p. 220).

⁶⁵⁰ Confira-se a explicação de Joseph H. Beale Jr.: “In the case of contempt in violating an order or decree of a court of equity, we have an entirely different problem. So far as the ancient process has not been modified by modern innovations, we have seen that it is purely coercive, not punitive.” (BEALE JUNIOR, Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. **Harvard Law Review**, v. 21, 1908, p. 173).

Sensível a tal distinção, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no caso *McComb v Jacksonville Paper Co.*, que o *civil contempt* é uma sanção para fazer cumprir uma decisão da Corte: “*Civil as distinguished from criminal contempt is a sanction to enforce compliance with an order of the court or to compensate for losses or damages sustained by reason of noncompliance*”.⁶⁵¹

Nesses casos, como a função do *contempt* é atuar sobre a vontade do ordenado para que ele mesmo cumpra o que fora determinado na decisão, fica evidente seu caráter de técnica de execução indireta, semelhantemente ao que se evidencia no direito pátrio quando normas específicas autorizam a execução de determinadas decisões judiciais por meio de multa (art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor).

Nessa hipótese em que o *contempt* se volta contra o descumprimento da ordem judicial, o instituto funciona com um “*merely a way of compelling compliance or getting the opposing party what he is entitled to by way of relief*.”⁶⁵² Destina-se, por conseguinte, a acelerar a submissão do jurisdicionado e vem normalmente acompanhado de uma medida coercitiva, que persiste pelo tempo necessário para vencer a resistência do renitente.

Assim, como, a *injunction* e a *order of specific performance* veiculam ordem para que o réu cumpra o fazer ou a abstenção na forma específica, constatando-se o descumprimento de tais decisões, o mecanismo próprio de *enforcement* da *common law - contempt of court* - atuará sobre a vontade do réu visando transpor a recusa de submissão ao comando judicial.

Por via de consequência, as medidas coercitivas inerentes ao *contempt* (multa, prisão ou seqüestro de bens) serão aplicadas, a rigor, contra o demandado renitente,⁶⁵³ tal qual acontece no direito pátrio.

⁶⁵¹ *McComb v Jacksonville Paper Co* 336 U.S. 187 (1949)

⁶⁵² DOBBS, *Contempt of court: a survey*, p. 220.

⁶⁵³ DOBBS, *Contempt of court: a survey*, p. 249.

Contudo, é possível, e ocorre com enorme frequência, que a realização da prestação devida e a conseqüente satisfação do autor, esteja a depender, concretamente, de ato de terceiro.⁶⁵⁴

E isso deve ser compreendido pelo fato de que as Cortes “frequentemente se deparam com uma dada situação em que a ordem judicial (*injunction*) não terá efetividade para evitar a ameaça de lesão a menos que possa ser executada (*enforced*) contra pessoas que não são indicadas ou mesmo citadas no processo original.”⁶⁵⁵

Isso é o que se verifica, por exemplo, quando o réu é uma pessoa jurídica. Nessas hipóteses, as Cortes entendem que as medidas executivas de coerção indireta (isto é, a multa diária e as demais medidas coercitivas previstas nesse sistema jurídico) podem ser aplicadas contra pessoas que, conquanto não recebam a qualificação de parte, são indispensáveis para dar cumprimento à ordem judicial.

Com efeito, reconhece-se que a participação de terceiros é indispensável para a concretização de certas decisões. Toda vez que o comportamento desses terceiros (omissivo ou comissivo) inviabilizar a concretização das decisões, poderá a Corte se valer dos mecanismos de coerção indireta viabilizados pelo *contempt of court*.

Frente a tal constatação, revela-se importante perceber quem são esses terceiros, ou seja, quem são essas pessoas que, mesmo não sendo formalmente parte no processo, podem ser atingidas pela decisão judicial que impõe um fazer ou uma abstenção.⁶⁵⁶

Quanto a isso, entende-se, à luz de uma linha jurisprudencial construída há décadas, que a classe de pessoas que potencialmente podem ser alcançadas por uma *injunction* é extremamente ampla. Além de pessoas físicas, jurídicas (de direito

⁶⁵⁴ DOBBS, *Contempt of court: a survey*, p. 249.

⁶⁵⁵ “Courts of equity are frequently faced with a situation in which an injunction which has been granted will be ineffective to relieve completely against the threatened injury unless it may be enforced against persons neither named nor served in the original proceedings.” (*Contempt proceedings against persons not named in a injunction. Harvard Law Review*, p. 1311)

⁶⁵⁶ DOBBYN, John F. *Injunctions*. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001, p. 10.

público e de direito privado) e também outras figuras próprias da *commom law*⁶⁵⁷, pessoas que não integram a lide são comumente atingidas pelas *injunctions*.⁶⁵⁸ Portanto, além da parte, terceiros podem se ver vinculados à ordem judicial.

Essa observação ganha notável importância ao se considerar que todas as pessoas que são atingidas pela decisão judicial, e que de algum modo devem observá-la, podem ser réis no processo de *contempt of court* (e, portanto, passíveis de serem atingidas pelos meios de coerção indireta).

Naturalmente, de forma idêntica ao que acontece com o réu renitente, os terceiros estarão suscetíveis às medidas de coerção indireta decorrentes do *civil contempt*, contanto que tenham cooperado para a prática do ato de renitência ou que sejam responsáveis - direta ou indiretamente - pela concretização da ordem judicial.

É correto afirmar, nessa ordem de idéias, que a amplitude subjetiva do *contempt of court* vai corresponder à amplitude subjetiva dessa espécie particular de ordens judiciais. Isso implica em dizer que podem estar sujeitos às regras do *contempt of court* e, conseqüentemente, às medidas de coerção indireta oferecidas por esse mecanismo: i) a parte contra quem foi proferida a ordem; ii) o terceiro que não é parte no feito, mas que, por alguma razão, foi considerado destinatário da ordem, iii) o terceiro que não é parte no feito, nem destinatário da ordem proferida, mas que tem

⁶⁵⁷ Como é o caso das *unincorporated associations* que, por força de lei, tenham legitimidades para postular e serem demandadas em juízo enquanto entidade autônoma (é o caso, v.g., das *labor unions* ou dos *business partnerships*). Segundo definição do Black's Law Dictionary uma *unincorporated association* é um grupo voluntário de pessoas, com ou sem previsão contratual ou estatutária, formado por consentimento mútuo, com o propósito de promover empreendimento comum ou perseguir objetivos comuns (BLACK, Henry Campbell M. A. **Black's Law Dictionary**. 6. ed St. Paul: West Publishing, 1990, p. 1531-1532). Por sua vez, *bussines partnerships* são sociedades comerciais, sem personalidade jurídica, cujas obrigações recaem sobre as pessoas dos sócios. Assim o Black's Law Dictionary define o termo *partnership*: "A business owned by two or more persons that is not organized as a corporation. A voluntary contract between two or more competent persons to place their money, effects, labor, and skill, or some or all of them, in lawful commerce or business, with the understanding that there shall be a proportional sharing of the profits and losses between them." (BLACK, Henry Campbell M. A. **Black's Law Dictionary**. 6. ed St. Paul: West Publishing, 1990, p. 1120).

⁶⁵⁸ V. a respeito: *Contempt proceedings against persons not named in a injunction*. **Harvard Law Review**, p. 1311-1317.

conhecimento de seus termos e assume, assim, o dever legal de abster-se de qualquer ato impeditivo do cumprimento do que foi por ela ordenado.⁶⁵⁹

Para melhor compreensão do tema, vale a pena, sob um ângulo panorâmico, examinar tais hipóteses.

Afirma-se que o primeiro “e mais óbvio grupo sujeito ao *contempt power* das Cortes por violação são as partes contra quem foi proferida a decisão judicial”.⁶⁶⁰

Segundo Dobbs, se a Corte emite uma *injunction* ou outra espécie de ordem, “it is clear that the parties to the suit are bound once they are notified of the order.”⁶⁶¹ Conseqüentemente, a inobservância da decisão conduz à utilização dos mecanismos de coerção ao cumprimento autorizados pelo *contempt power*.⁶⁶²

A questão, por não ensejar maiores dificuldades, dispensa análise mais profunda, bastando mencionar, contudo, que, em respeito ao *due process of law*, duas exigências de ordem procedimental devem ser atendidas para que a parte ou para que aqueles mencionados na ordem judicial (*named in the injunction*) possam ser julgados em *contempt* por descumprimento da ordem judicial.

Em primeiro lugar, deve ser conferida à parte a oportunidade de ser ouvida em audiência por ocasião da prolação da ordem judicial, ressalvando-se, todavia, que tal direito é temporariamente limitado nos casos envolvendo liminares (*temporary restraining orders*).⁶⁶³ Em segundo, para que a inobservância da ordem autorize o

⁶⁵⁹ Outros estudos sobre o tema no Brasil alcançaram conclusões semelhantes. Segundo Fabiane Bessa, são sujeitos passivos do *contempt of court* todas as pessoas que obstruam ou interfiram no devido exercício das funções jurisdicionais, inclusive empregados do tribunal, partes litigantes e terceiros estranhos à lide. (BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **O direito constitucional de ação e o contempt of court**. Dissertação de mestrado. Curso de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1995, p. 43).

⁶⁶⁰ “The first and most obvious group subject to the court’s contempt power for violation are those parties actually named in the injunction over whom the court has acquired personal jurisdiction”. (DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001, p. 11).

⁶⁶¹ DOBBS, op. cit., p. 249

⁶⁶² DOBBS, op. cit., p. 250.

⁶⁶³ Nesses casos, a natureza emergencial do direito material envolvido demanda imediata emissão da *injunction* para o fim de prevenir iminente dano irreparável (conforme é disciplinado pela *rule 65 (b)* das *Federal Rules of Civil Procedure*. A lógica é a mesma subjacente às liminares concedidas *inaudita altera pars*. Deve-se complementar, além disso, que, em função de seu caráter emergencial, a *temporary restraining orders* são estritamente limitadas em alcance e duração.

juízo por *contempt of court* deve a parte ter tido ciência inequívoca da *injunction* e de seus termos.⁶⁶⁴

Afora as partes, muitas vezes, em face de uma disposição legal, terceiros são considerados destinatários da ordem judicial. É o que acontece com os diretores, dirigentes, agentes e empregados da pessoa jurídica.

Isso ocorre que porque a *rule 65(d)*, das Normas Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), determina que a *injunction*⁶⁶⁵ (assim como a *restraining order*) vincula não só as partes, mas também seus administradores, agentes, empregados e advogados que foram comunicados decisão judicial em função de sua posição ou por qualquer outro meio.⁶⁶⁶ Portanto, se a ordem judicial tem como destinatária uma pessoa jurídica, entende-se que seus dirigentes, administradores e empregados estão sujeitados ao comando judicial (seja para não lhe por entraves, seja para efetivamente promover seu cumprimento).

É interessante notar que, por muito tempo, prevaleceu a idéia de que as pessoas jurídicas eram imunes às sanções decorrentes do *civil contempt of court* em

⁶⁶⁴ “As a matter of due process, one is ordinarily not bound by any proceeding of which he had no notice and in which had no opportunity do appear” (DOBBS, op. cit., p. 250). Diz-se que a parte pode ter ciência da decisão por meio de qualquer fonte que preencha dois requisitos “primeiro, a intimação da decisão deve proceder de uma fonte que seja titular de credibilidade; segundo, a intimação da decisão deve informar a parte ré de forma clara e evidente acerca do ato do qual se deve abster”. No caso *Cape May & Schellenger’s Landing R. R. v. Johnson*, 35 N.J.Eq. 422, 425 (Ch. 1882), por exemplo, o conhecimento sobre a decisão deu-se pelo telégrafo. Mais curioso foi o caso *United Packing House Worker v. Boyton*, 240 Iowa 212, 35 N.W.2d 881 (1949), em que a ciência da decisão por intermédio de um jornal foi considerada suficiente. (DOBBYN, op. cit., p. 12).

⁶⁶⁵ A Suprema Corte dos Estados Unidos fixou entendimento que a *rule 65(d)* do *Federal Rules of Civil Procedure*, pode ser estendida para outros tipos de decretos judiciais, sejam *enforcement orders e affirmative decrees*, ou seja, para qualquer *equitable remedies*.

Dentro do tema, é interessante observar a possibilidade da Corte Superior modificar e ampliar a abrangência de uma *injunction*, estendendo-a para terceiros estranhos ao processo, cite-se, por exemplo, o caso *Riccard v. The Prudential Insurance Co. of Am*, de onde se extrai: “In explaining why the injunction needed to be expanded, the district court pointed out that since the injunction was originally issued, Riccard had ‘expanded his sights to include not only Prudential, but its attorneys,’ as evidenced by his filing of ethical grievances with the Florida and New York Bar Associations. There was also every reason to believe that Riccard might seek other innovative ways to evade or circumvent the injunction, so the court attempted to foreclose as many of them as possible by broadening the injunction.”

⁶⁶⁶ “[Injunction or restraining order] is binding only upon the parties to the action, their officers, agents, servants, employees, and attorneys, and upon those persons in active concert or participation with them who receive actual notice of the order by personal service or otherwise. “

razão de sua impessoalidade e por não poderem ser submetidas à prisão. Contudo, de acordo com Lawrence Gray, atualmente, não subsiste mais dúvida de que as pessoas jurídicas possam ser julgadas por *contempt of court*.⁶⁶⁷ Segundo o autor norte-americano, a impossibilidade de prisão não é considerada mais um óbice para tanto, na medida em que, hodiernamente, existem mecanismos mais sofisticados para executar ordens contra a pessoa jurídica, sendo que o mais óbvio deles é a multa.⁶⁶⁸

Esse raciocínio parte da constatação de que a pessoa jurídica, como entidade abstrata, cumpre ou não as ordens judiciais mediante ato dos seus administradores e representantes. Nesse sentido é a explicação de Lawrence Gray: “*A corporation as an entity obeys or disobeys legal process through its officers or agents served with or having knowledge of the law’s writ.*”⁶⁶⁹

Nesse mesmo sentido, Dan Dobbs observa que, como os agentes e funcionários atuam pelo demandado, é racional que eles sejam atingidos pela *injunction* e possam, assim, ser submetidos ao *contempt of court* em caso de descumprimento. Aliás, segundo o professor norte-americano, inexistente discordância doutrinária a esse respeito. Confira-se a argumentação do autor:

*It seems reasonable to bind an agent or servant by an injunction against the master, subject to the rule that he must have notice of the decree before he can be held in contempt. So long as the agent acts for the principal, it is entirely right to hold him in contempt if he violates the decree, and there seems to be no current dissent from this position. The proposition, of course, includes all forms of vicar – partners, co-owners, agents, and servants.*⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ GRAY, Lawrence N. Criminal and civil contempt: Some sense of a hodgepodge. **St. John's Law Review**, 1998, p. 354-355.

⁶⁶⁸ “There are methods for coercing or punishing a corporation – fines being the most obvious.” (GRAY, Lawrence N. Criminal and civil contempt: Some sense of a hodgepodge. **St. John's Law Review**, 1998, p. 355). V. ainda: Contempt Injunctions – Federal civil decree deputy sheriff to resign from office – *Lance v. Pumbler* (5th Circ. 1965). **Michigan Law Review**, v. 65, n. 3, 1967, p. 560 et seq.

⁶⁶⁹ GRAY, Lawrence N. Criminal and civil contempt: Some sense of a hodgepodge. **St. John's Law Review**, 1998, p. 355.

⁶⁷⁰ DOBBS, op. cit., p. 252.

Nessa mesma ordem de idéias, Lawrence Gray argumenta que um comando para a pessoa jurídica é um comando para que seus diretores e representantes tomem as providências essenciais para assegurar o cumprimento da ordem judicial, sob pena de serem julgados em *contempt of court*. Segundo Gray: “*A command to a corporation is a command to take the necessary steps to insure compliance. A corporate officer who, with notice of a court’s order, impedes compliance, or, fails to take appropriate action within his power to effect compliance is, just like the corporation, punishable by contempt.*”⁶⁷¹

É ainda oportuno sublinhar que tal linha de compreensão reflete com absoluto rigor o entendimento sedimentado ao longo dos anos pelas Cortes norte-americanas. De fato, no plano jurisprudencial, é pacífico o entendimento segundo o qual os administradores, dirigentes e funcionários da pessoa jurídica podem ser julgados em *contempt of court* caso sejam responsáveis pelos atos ou omissões desta.⁶⁷²

Em *United States v. Johnson*, por exemplo, a Corte declarou Johnson, o administrador executivo da empresa, em *contempt of court* por permitir que um funcionário da empresa violasse repetidamente uma *injunction* cuja finalidade era obstar práticas de mercado ilícitas.⁶⁷³

No caso *In re Dolcin Corp.*, o tesoureiro e o secretário da empresa foram considerados em *contempt of court* por omissão em face de uma ordem que impunha pessoalmente a eles, na posição de administradores da empresa, o dever de tomar todas medidas para levar a efeito as ordens da Corte. Decidiu-se que diretores “*in control of the management, policies, and operation*” da empresa devem ser julgados em *contempt of court* ao transgredir a ordem judicial.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ GRAY, Lawrence N. Criminal and civil contempt: Some sense of a hodgepodge. **St. John's Law Review**, 1998, p. 356.

⁶⁷² Citem-se alguns dos principais precedents sobre o tema: *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361, 31 S.Ct. 538, 55 L.Ed. 771 (1911); *N.L.R.B. v. Maine Caterers, Inc.*, 732 F.2d 689 (1st Cir. 1984); *Milano v. Hingham Sportswear Co., Inc.*, 366 Mass. 376, 318 N.E.2d 827 (1974); *Dep't. of Revenue v. Carpet Warehouse, Inc.*, 296 Or. 400, 676 P.2d 299 (1984); *Sound Storm Enterprises, Inc. v. Keefe*, 209 N.W.2d 560 (Iowa 1973).

⁶⁷³ *United States v. Johnson*, 541 F.2d 710 (5th Cir. 1976).

⁶⁷⁴ *In re Dolcin Corp.*, 247 F.2d 524, 534 (D.C. Cir. 1957).

No caso *Leavenworth County v. Sellew*, de 1878, a Suprema Corte decidiu que a ordem endereçada a um Conselho Municipal pode ser executada contra os agentes responsáveis pelo cumprimento tendo em vista que a pessoa jurídica “*can only act through its agents*”.⁶⁷⁵

Posteriormente, em 1911, no caso *Wilson v. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos ratificou seu entendimento, estatuidando que:

A command to the corporation is in effect a command to those who are officially responsible for the conduct of its affairs. If they, apprised of the writ directed to the corporation, prevent compliance or fail to take appropriate action within their power for the performance of the corporate duty, they, no less than the corporation itself, are guilty of disobedience, and may be punished for contempt.

Portanto, dessa sintética exposição, resta claro que a execução de ordens judiciais por intermédio do processo por *contempt* resulta na aplicação dos meios executivos diretamente ou conjuntamente contra os administradores, dirigentes, representantes e funcionários da pessoa jurídica demandada.

Afora os casos envolvendo dirigentes e funcionários das pessoas jurídicas, com o propósito de impedir a evasão dos efeitos de uma *injunction*, um terceiro grupo é acrescentado àqueles que devem cumprir as ordens judiciais, podendo ser sujeitos aos meios coercitivos oferecidos pelo *contempt of court*. Trata-se de um grupo denominado “*aiders and abettors*”. Esse termo refere-se a terceiros que de algum modo incentivam ou auxiliam a parte em relação ao descumprimento da *injunction*.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ Confira-se o seguinte trecho desse julgado: “As the corporation can only act through its agents, the courts will operate upon the agents through the corporation. When a copy of the writ which has been ordered is served upon the clerk of the board, it will be served on the corporation, and be equivalent to a command that the persons who may be members of the board shall do what is required. If the members fail to obey, those guilty of disobedience may, if necessary, be punished for the contempt. Although the command is in form to the board, it may be enforced against those through whom alone it can be obeyed. (. . .) While the board is proceeded against in its corporate capacity, the individual members are punished in their natural capacities for failure to do what the law requires of them as the representatives of the corporation.” (Board of Com'rs of Leavenworth County v. Sellew, 99 U.S. 624 (1878))

⁶⁷⁶ “Apart from these situations, instances in which courts have punished individuals not parties to the decree have been confined almost entirely to concerted efforts to defeat the administration of justice. Patent attempts to evade a decree by delegation performance of the forbidden

Em um dos precedentes mais importantes sobre o tema, o juiz Learned Hand consignou o seguinte: “A pessoa que intencionalmente auxilia o réu na violação da *injunction* se sujeita ao julgamento por *civil e criminal contempt*”.⁶⁷⁷

Em uma decisão mais recente, a Suprema Corte dos Estados Unidos consignou que: “*It is settled law that a court has no power to enjoin acts of non-parties to an in personam proceeding, except where such persons are knowingly and purposefully aiding and abetting a named party to violate the injunction. Fed. R. Civ. P. 65(d)*”⁶⁷⁸

Semelhante entendimento é encontrado no caso *Regal Knitwear Co. v. NLRB*. Entendeu-se, nessa oportunidade, que o princípio de aplicar *injunction* contra terceiros (*nonparties*) é que “os réus (*defendants*) não podem anular uma decisão judicial executar os atos proibidos mediante ‘*aiders and abettors*’”.⁶⁷⁹

Em verdade, ao se sujeitar tal grupo de pessoas ao *contempt power*, há a intenção de se obstar que a ordem seja violada por intermédio de terceiros⁶⁸⁰. Ainda no que tange a esse ponto, vale observar que, para ser considerado vinculado à decisão judicial, o terceiro qualificado como “*aiders and abettors*” deve ter efetivo conhecimento da *injunction* e propositalmente agir no interesse da parte para qual foi dirigida a decisão, ocasionando sua violação.

Prosseguindo no exame do tema, as Cortes perceberam que existem casos em que a *injunction* se relaciona de forma peculiar com uma propriedade, com uma empresa ou com um cargo público em especial.⁶⁸¹

Considerando-se que uma *injunction*, a rigor, deve-se dirigir à parte que titulariza o direito envolvido no litígio (*opera in personam*), percebeu-se que a cada

act to a servant or agent renders all parties concerned amenable to contempt: the defendants for their direct violation of the mandate, the others for obstruction and interference with judicial process.” (Contempt proceedings against persons not named in a injunction. **Harvard Law Review**, p. 1314-1315)

⁶⁷⁷ *Alemite Manufacturing Corp. v. Staff*, 42 F.2d 832 (2d Cir. 1930)

⁶⁷⁸ *Joseph Scheidler, et al. v. National Organization for Women, Inc., et al.*

⁶⁷⁹ *Regal Knitwear Co. v. NLRB*, 324 U.S. 9, 14 (1945).

⁶⁸⁰ Basta pensar no caso de uma empresa proibida de expor à venda produtos nocivos sob pena de multa, mas que continua praticar os atos por intermédio de outra empresa estranha à lide.

⁶⁸¹ Refere-se ao cargo (*office*), ao negócio (*business*) ou a propriedade (*property*).

mudança dessa titularidade a decisão restaria prejudicada, exigindo para a tutela do direito um novo processo, agora direcionado para ao novo titular do bem ou do cargo público.

Essa possibilidade de alteração da titularidade da coisa litigiosa ou do cargo é, em muitos casos, utilizada como um artifício para frustrar a concretização da decisão judicial.

Para evitar isso, as Cortes de equidade forjaram uma teoria (*in rem theory*) segundo a qual a *injunction* vincula-se (*attaches*) a uma particular “*res*”. Ou seja: a decisão recai sobre o cargo (*office*), sobre o negócio (*business*) ou sobre a propriedade (*property*)⁶⁸². Portanto, de acordo com essa teoria, a *injunction* tem efeito vinculante sobre todo aquele que titulariza a *res* (seja ele o titular originário, seja ele seu sucessor) e tenha ciência da decisão. Como se pode perceber, a construção das Cortes da *common law*, diante de casos em que a *injunction* pode ser ver frustrada pela transferência da *res* (seja um cargo público, seja uma sociedade empresarial), resulta na determinação de que os sucessores, igualmente às partes, permanecem vinculados à decisão antes proferida desde que tomem ciência dela.⁶⁸³

Exemplo emblemático desse entendimento é oferecido pelo caso *Crucia v. Behrman*. Nesse precedente, a Corte considerou pessoalmente em *contempt of court*, a autoridade pública (inspetor de polícia) que desrespeitou uma *injunction* inibitória proferida contra o seu antecessor. Muito embora a autoridade não tenha sido parte no processo original, verificou-se que tinha ciência da ordem proibitiva. A Corte estatuiu que:

*In such cases the [injunction] runs against the office, and embraces all who are charged with the execution of its functions and the official acts sought to be prohibited, whether by the present incumbent or others who may succeed to such duties; and they are guilty of contempt if they have knowledge of the existence of such [injunction].*⁶⁸⁴

⁶⁸² Ver nota precedente.

⁶⁸³ DOBBYN, op. cit., p. 16

⁶⁸⁴ DOBBYN, op. cit., p. 16

A mesma regra de extensão, conforme expõe John Dobbyn, tem sido aplicada para sucessores em cargos públicos e privados, tal como presidentes e diretores de empresas, administradores de bens de terceiros, contanto que estes sucessores tenham atuado tendo ciência da *injunction*.⁶⁸⁵

O que se pode concluir, ao cabo dessa sintética exposição, é que, em uma ampla gama de casos, as decisões judiciais que encerram comandos de fazer ou de não fazer estendem-se a terceiros. Quando tais ordens são endereçadas à pessoa jurídica (seja ela de direito público ou de direito privado), tanto a decisão quanto os meios executivos predispostos para sua concretização (nesse caso, os meios executivos viabilizados pelo *contempt of court*), alcançam os dirigentes e funcionários da pessoa jurídica que, de alguma forma, a inobservaram (seja deliberadamente descumprindo a ordem, seja obstruindo a sua concretização).

7.3.2 Direito Inglês

Grande parte das noções em torno da execução de ordens contra terceiros existente no direito norte-americano, está também presente no direito inglês. Vale a pena ressaltar, contudo, a existência de uma regra expressa - *Ord. 45, r.5(1)*⁶⁸⁶ – determinando que as ordens de fazer e de não fazer endereçadas à pessoa jurídica demandada podem ser executadas, desde haja autorização da Corte, por meio do seqüestro provisório (*writ of sequestration*) de bens do diretor ou do administrador.⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ DOBBYN, op. cit., p. 17.

⁶⁸⁶ MILLER, Christopher John. **Contempt of court**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997, p.422. “Ord. 45, r.5 (1) provides that a judgment or order requiring a person to do or abstain from doing any act may be enforced by one or more of the following means: (i) with the leave of the Court, a writ of sequestration of the property of that person; (ii) where that a person is a body corporate, with the leave of the Court, a writ of sequestration against the property of any director or other officer of the body; (iii) subject to the provisions of the Debtors Acts, 1869 and 1878, an order of committal against that person or, where that person is a body corporate, against any such officer.”

⁶⁸⁷ Sobre o *writ of sequestration*, v. Capítulo 6.

Isso significa que, no caso de execução da ordem de fazer ou de não fazer contra a pessoa jurídica, a medida coercitiva (*writ of sequestration*) recai sobre os bens de qualquer diretor ou dirigente da pessoa jurídica. De acordo com esse mesmo dispositivo legal, o descumprimento da ordem judicial pode, em determinados casos, resultar ainda na prisão coercitiva (*committal*) do dirigente da pessoa jurídica.

Por trás disso tudo, prevalece a idéia de que os dirigentes representam a mente e a vontade da pessoa jurídica.⁶⁸⁸

Assim, de um modo geral, como explica Miller, “*individual directors or officers may incur a wide-ranging liability for civil contempt even though they were not personally enjoined, the extent to which they were personally at fault will of course be reflected in the order made against them.*”⁶⁸⁹

7.3.3 Direito Canadense

A figura do *contempt of court* é também prevista no direito do canadense. Em decorrência disso, à semelhança do que ocorre no direito norte-americano e inglês, no ordenamento canadense o *contempt power* é utilizado como meio executivo de coerção indireta, ou seja, como técnica processual para tutela dos direitos que dependem de um fazer ou de uma abstenção.

De igual sorte, entende-se que, em muitos casos, pessoas que não figuram como parte na demanda e que não são destinatárias da ordem judicial, desde que tomem ciência de seus termos, assumem o dever observá-la e de se posicionar de modo a não interferir no cumprimento do que foi por ela determinado.

No caso *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, por exemplo, ficou consignado que, quando a Corte exara uma *injunction* no curso de um processo cível, as pessoas

⁶⁸⁸ Conforme noticia Miller, no caso *Heatons Transport Ltd. V. Transport and General Worker’s Union*, a Corte limitou a responsabilidade pelo *contempt* para aqueles que “represent its directing mind and will, such as its committee and principal officers.” (MILLER, **Contempt of court**, p. 435).

⁶⁸⁹ MILLER, **Contempt of court**, p. 436.

que não integram a lide, muito embora não sejam tecnicamente vinculadas à ordem, tem o dever de obedecê-la. E como tal podem sofrer as sanções inerentes ao processo de *contempt* por descumprimento do comando judicial.⁶⁹⁰

Desde logo se deve esclarecer que a extensão dos efeitos das decisões judiciais em relação a terceiros não tem com escopo impor-lhes o cumprimento da obrigação que cabe à parte (protagonista da relação jurídica de direito material). Não é essa, por certo, a intenção.

O sistema jurídico canadense, à semelhança do que ocorre nos ordenamentos filiados à tradição anglo-americana, historicamente adere à postura de que as decisões judiciais (assim como os procedimentos de um modo geral), para sua efetiva concretização, dependem da cooperação de outras pessoas que não integram a relação jurídica processual.

É esse o raciocínio que preside a ampliação do raio de abrangência das decisões judiciais e que permite a extensão dos mecanismos executivos de coerção indireta a terceiros responsáveis pela parte. Foi exatamente nesse sentido que se consolidou o entendimento jurisprudencial nos sistemas da *common law*.

No entanto, além dessa construção de cunho exclusivamente pretoriano, o ordenamento processual canadense concedeu especial tratamento à questão da incidência dos meios de coerção indireta na esfera pessoal dos administradores da pessoa jurídica.

Alguns dos Códigos Processuais das províncias canadenses contêm previsões específicas no sentido de que a inobservância de uma decisão judicial por parte da pessoa jurídica implica no julgamento de seu administrador ou funcionário em

⁶⁹⁰ “Where a court has issued an injunction in the course of civil proceedings, persons who are not parties to the suit are ‘if not technically *bound by the order, bound to obey the order.*’ As such, they may be cited for contempt for breach of the order. Accordingly, ‘since persons other than named parties may be affected by the order, and be held in contempt for violating it, it makes good sense to use language [in the order] which alerts those people to that risk.’” (CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers.** Ottawa, 2001, p.10).

contempt of court. Ou seja: a coerção ao cumprimento não se desencadeia contra a pessoa jurídica mas sim contra a vontade humana.

Reconhece-se, por conseguinte, a presença de pessoas com poder de comando dentro da estrutura organizacional de pessoa jurídica. São essas pessoas físicas quem, em última análise, irão decidir se a pessoa jurídica irá submeter-se ou não à decisão judicial. Frente a tal constatação, tais normas processuais autorizam que sobre essas pessoas incidam os meios executivos de coerção indireta disponibilizados pelo *contempt of court*, isto é, a multa coercitiva, a prisão civil e o seqüestro de ativos.

É possível citar, por exemplo, as regras de procedimento civil da *Supreme Court of British Columbia*. Tal lei contém regramento específico para as hipóteses em que as *corporations* são julgadas em *contempt of court*. Permite-se, com fulcro nessa regra, que a multa seja imposta contra um ou mais diretores ou administradores da pessoa jurídica. Confira-se o dispositivo:

(1) The power of the court to punish contempt of court shall be exercised by an order of committal or by imposition of a fine or both.

Corporation in contempt

(2) An order against a corporation willfully disobeyed may be enforced by one or more of the following:

(a) imposition of a fine upon the corporation;

(b) committal of one or more directors or officers of the corporation;

*(c) imposition of a fine upon one or more directors or officers of the corporation.*⁶⁹¹

Além dessa disposição normativa, merecem especial referência as regras de procedimento civil da província de Ontario, também adotadas pela Suprema Corte da província de *Prince Edward Island*. No capítulo dedicado à execução das decisões

⁶⁹¹ Tradução livre: Art. 65, das regras da Suprema Corte de British Columbia.

(1) O poder da Corte de punir *contempt of court* deve ser exercido por ordem de prisão ou pela imposição de multa, ou ambos.

Corporação em contempt

(2) A ordem contra uma corporação intencionalmente desobedecida pode ser executada pelos seguintes modos:

(a) imposição de multa para a corporação;

(b) ordem de prisão para um ou mais dirigentes ou administradores da corporação;

(c) imposição de multa para um ou mais dirigentes ou administradores da corporação.

judiciais (*enforcement orders*), há regra expressa disciplinando a forma de execução a ser empregada contra a pessoa jurídica (*where corporation is in contempt*).

De acordo com essa regra, o juiz está autorizado a aplicar contra qualquer administrador ou diretor da pessoa os seguintes mecanismos: multa, prisão coercitiva, seqüestro dos bens pessoais, além de exigir o cumprimento de ordem de fazer, de abstenção ou de qualquer ordem que considere necessária.⁶⁹²

Vale a pena ainda citar duas outras legislações processuais provinciais que, em idênticos termos, disciplinam os casos de pessoas jurídicas em *contempt of court*.⁶⁹³

Confira-se o teor da norma em sua redação original:

Where a body corporate is guilty of a contempt of court,
(a) it may be fined by the court, and the fine may be imposed in addition to any other punishment that may be imposed for contempt;
*(b) a contempt order may also be made against any officer, director, employee or agent of the body corporate who directed, authorized, assented to, acquiesced or participated in the contempt.*⁶⁹⁴

⁶⁹² Observe a disposição das Regras de Processo Civil de Ontário:

“Rules of Civil Procedure R.R.O. 1990, Reg. 194 -Amended to O. Reg. 570/98

Content of Order

60.11.(5) In disposing of a motion under subrule (1), the judge may make such order as is just, and where a finding of contempt is made, the judge may order that the person in contempt,

(a) be imprisoned for such period and on such terms as are just;

(b) be imprisoned if the person fails to comply with a term of the order;

(c) pay a fine;

(d) do or refrain from doing an act;

(e) pay such costs as are just; and

(f) comply with any other order that the judge considers necessary, and may grant leave to issue a writ of sequestration under rule 60.09 against the person's property.

Where Corporation is in Contempt

60.11.(6) Where a corporation is in contempt, the judge may also make an order under subrule (5) against any officer or director of the corporation and may grant leave to issue a writ of sequestration under rule 60.09 against his or her property.”

⁶⁹³ Tratam-se das Civil Procedure Rules of Nova Scotia (art.55.06) e das Rules of Supreme Court of Newfoundland and Labrador (art. 53.02)

⁶⁹⁴ Tradução nossa: *Contempt* atuado por uma pessoa jurídica de direito privado

55.06 (53.02) A corporação culpada de *contempt of court*,

(a) pode ser multada pela Corte, e a multa pode ser imposta além das outras penalidades de *contempt*; (b) uma *contempt order* pode também ser feita contra qualquer administrador, diretor, funcionário ou agente da pessoa jurídica que ordenou, autorizou, consentiu, aquiesceu ou participou do desacato.

Tal a regra, como se infere de sua alínea “b”, permite que o processo por *contempt* recaia sobre aquele que dirigiu, autorizou, aprovou, aquiesceu ou participou do descumprimento da ordem judicial.

Por conseguinte, as normas processuais supramencionadas, aliadas à construção jurisprudencial em torno do *contempt of court* como meio de execução coercitiva, prestam, sobretudo, para esclarecer como o sistema processual canadense se porta diante de casos em que as ordens judiciais (especialmente as *injunctions*) têm como destinatário pessoas jurídicas. Como restou demonstrado, tais normas determinam que, no caso de ordens voltadas para a pessoa jurídica, os meios executivos de pressão psicológica propiciados pelo *civil contempt* podem recair sobre a esfera dos dirigentes, diretores e funcionários da pessoa jurídica que de alguma forma contribuíram para o descumprimento da decisão.⁶⁹⁵

7.3.4 Direito Espanhol

Na Espanha, a Lei Orgânica n. 2 /1979, do Tribunal Constitucional, contém previsão de multas - as quais declara compatíveis com outras responsabilidades - cuja amplitude subjetiva permite que sejam impostas “*a cualquier persona, sean partes procesales o terceros*” nos caso de não atendimento aos requerimentos que formule o Tribunal.⁶⁹⁶

De forma análoga, a Lei n. 29/1998, reguladora da *Jurisdicción Contencioso-administrativa*, permite que o órgão jurisdicional, a fim de promover a execução de sentenças proferidas contra a Administração Pública, comine multa coercitiva direta e

⁶⁹⁵ Essas regras também são aplicadas quando o *contempt of court* tiver propósito punitivo, isto é, quando objetivar vindicar a autoridade do Poder Judiciário.

⁶⁹⁶ RAMOS, Manuel Ortells. ¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa. **Revista Internauta de Prática Jurídica**, n. 19, 2007.

pessoalmente à autoridade, funcionário ou agente que descumpram as ordens judiciais.⁶⁹⁷

Confira-se o art. 112, que se situa no capítulo da lei reservada ao procedimento de “*ejecución de sentencias*”:

Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el Juez o Tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado, y singularmente, previo apercibimiento, podrá:

a) Imponer multas coercitivas de 25.000 a 250.000 pesetas a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas le será aplicable lo previsto en el artículo 48.

É de se frisar ainda que o legislador espanhol, no que tange à presente lei, demonstrou-se extremamente sensível à necessidade de participação e cooperação de terceiros para a efetivação das decisões judiciais uma vez que impôs a todas as pessoas físicas, entidades públicas e privadas o dever de prestar a colaboração requerida pelo órgão jurisdicional. É o que resulta expresso do art. 103, inciso 3, da Lei 29/1998: “*Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.*”

Disposição semelhante é encontrada na própria *Ley de Enjuiciamiento Civil*, exigindo que terceiros colaborem com Poder Judiciário.⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ RAMOS, Manuel Ortells. ¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa. **Revista Internauta de Prática Jurídica**, n. 19, 2007

⁶⁹⁸ “Coherentemente con la diversidad de los supuestos que constituyen presupuesto objetivo, en el aspecto subjetivo de los presupuestos de las multas coercitivas también cabe reseñar gran variedad. En cuanto puedan imponerse por incumplimiento de requerimientos referidos a actuaciones instrumentales para el desarrollo del proceso, es lógico que puedan ser sujetos pasivos de las mismas no sólo las partes, sino también terceros (art. 95.4 LOTC; art. 239.3 LPL; arts. 591 y 676 LEC), aunque unas y otros en aquellos casos en que el supuesto de hecho contempla su conducta como determinante de la aplicación de estas multas.” (RAMOS, Manuel Ortells. ¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa. **Revista Internauta de Prática Jurídica**, n. 19, 2007).

Portanto, há, nesse ordenamento, plena aceitação de que as autoridades e servidores públicos podem ser pessoalmente atingidos pela multa com função coercitiva, assim como terceiros em geral nos procedimentos regidos pela *Ley de Enjuiciamiento*.

7.3.5 Direito Argentino

No direito argentino, a multa processual – *astreintes* ou *sanciones conminatorias* -, largamente discutida no âmbito doutrinário e jurisprudencial⁶⁹⁹, foi implementada a partir da reforma do Código Civil promovida pela Lei n. 17.711 que introduziu o art. 666 bis.⁷⁰⁰

Essa reforma no Código Civil culminou na instauração de uma nova forma de execução por coerção frente ao descumprimento de decisões judiciais. Tal mecanismo consiste em condenar judicialmente ao pagamento de uma prestação periódica enquanto não se dê pleno atendimento ao comando judicial.

De acordo com a doutrina argentina as *astreintes* são “*condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no cumple con el deber jurídico impuesto en una resolución judicial*”⁷⁰¹ Na mesma linha, Luis Ramon Madozzo explica que as *astreintes* consistem em sanções cominatórias impostas a

⁶⁹⁹ Luis Ramon Madozzo explica que na Argentina “la doctrina se pronuncio decididamente por la procedencia de las sanciones conminatorias; em cambio, la jurisprudencia, si bien en un principio se inclinó por la solución adversa, varó su criterio a partir de año 1959, evolucionado paulatinamente hasta sua plena aceptación. (MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n.1, jan./abr., 1996. p. 155).

No tocante à doutrina argentina, ampla referência bibliográfica pode ser consultada em: ZAVALÍA, Fernando López de. La tutela de las obligaciones de hacer, y de no haber em el derecho argentino. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n. 5, mai./ago., 1997 e MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n. 1, jan./abr., 1996.

⁷⁰⁰ ZAVALÍA, Fernando López de. La tutela de las obligaciones de hacer, y de no haber em el derecho argentino. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n.5, mai./ago., 1997. p. 430.

⁷⁰¹ PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Carlos G.. **Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones**. Hammurabi, t. 2, 1999, p. 206.

título condicional e como meio de coação psicológica destinado a vencer a resistência do obrigado.⁷⁰²

Portanto, à semelhança da multa processual brasileira, as *astreintes* previstas no direito argentino são consideradas mecanismos destinados a induzir ao cumprimento das decisões judiciais mediante a ameaça da aplicação de multa pecuniária.⁷⁰³

Fixadas essas noções preliminares, resta agora indagar se o direito argentino autoriza que as *astreintes* sejam destinadas ao responsável pelo descumprimento da decisão judicial mesmo na hipótese em que este não seja considerado parte processual.

Nesse tocante, a redação do art. 666 *bis* do Código Civil Argentino oferece uma ampla margem para interpretar quais são os sujeitos passivos da imposição das *astreintes*. Confira-se o que dispõe o dispositivo:

Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

De sua leitura é possível deduzir que não existe qualquer determinação no sentido de que o destinatário da multa seja exclusivamente o réu. Ao contrário, entende-se que o Código Civil, em face da ausência de restrição, possibilita que a multa processual seja aplicada contra pessoas que, embora não sejam consideradas partes, devem cumprir as obrigações impostas no processo.⁷⁰⁴

⁷⁰² MADOZZO, op. cit., p. 156.

⁷⁰³ Afirma-se que a *astreintes* tem uma dupla regulação (processual e substancial): “...las sanciones conminatorias constituyen una medida de coerción patrimonial que persigue un doble propósito: asegurar el pleno acatamiento de las medidas judiciales, como manifestación del imperium de los jueces para hacer cumplir sus mandatos y, de manera contingente, en el plano obligacional, lograr contra la voluntad renuente del deudor el cumplimiento específico de lo adeudado.” (PIZARRO; VALLESPINOS, op. cit., p. 210-211).

⁷⁰⁴ Com base no referido dispositivo legal, Fernando Lopes Zavalía explica que as *astreintes* podem ser impostas “a quienes incumplan deberes impuestos en una resolución judicial.” (ZAVALÍA, op. cit., p. 431)

Portanto, a sanção cominatória pode ser imposta tanto para as partes, assim como para terceiros. Contudo, como se pode supor, a medida coercitiva não é aplicada indistintamente contra qualquer terceiro, mas contra aquelas pessoas que de alguma forma se relacionem com a demanda ou que sejam responsáveis pelo cumprimento da decisão judicial.

Por isso se dizer que a medida cominatória “*tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que prima facie podría ser de mayor entidad que el resultante de desistir de dicha actitud contumaz. Resulta procedente que tenga por destinatarios a terceros.*”⁷⁰⁵

Aliás, o próprio Código de Processo Civil Argentino (*Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*), no dispositivo que disciplina as *sanciones conminatorias* (art. 37), autoriza que a multa seja destinada a terceiros. Para uma melhor compreensão, confira-se os termos dessa regra:

Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.

Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece.

Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Zavalía, analisando tal dispositivo, deixa claro que as *astreintes* são “*aplicables contra el deudor, o un tercero*”.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ PEYRANO, Jorge W. La medida conminatoria. **Estudios de Derecho Procesal**. Colégio de Abogados de San Isidro, *apud* ZAVALÍA, op. cit., p. 440, nota 61.

⁷⁰⁶ ZAVALÍA, op. cit., p. 432

No mesmo sentido é a lição de Luis Ramon Madozzo, para quem constituem sujeitos passivos da *astreinte* “*la parte actora o por la demandada en un proceso y tambien por los terceros, a quienes se les requiere ejecutar un mandato judicial.*”⁷⁰⁷

Portanto, no direito argentino, tanto à luz do art. 666 bis do Código Civil quanto da regra constante no art. 37 do Código de Processo Civil, mostra-se possível que a multa coercitiva seja destinada àqueles que, embora não integrem a relação jurídica processual, são imprescindíveis para o pleno atendimento da decisão judicial.

7.4 A NECESSIDADE DE QUE A MULTA EXERÇA PRESSÃO SOBRE A PESSOA FÍSICA QUE CORPORIFICA A VONTADE DA PESSOA JURÍDICA

No cenário contemporâneo, a multa, enquanto meio executivo de indução ao cumprimento das ordens judiciais (de caráter final ou provisório), revela-se extremamente eficiente em todos os sistemas processuais que a utilizam, independentemente das variações sofridas em cada ordenamento.⁷⁰⁸

Conforme adverte Luiz Guilherme Marinoni, “não fosse a multa, todos os direitos dependentes de imposição de um não-fazer ou de um fazer infungível, e mesmo aqueles que – embora podendo ser tutelados por meio de execução direta – melhor se adaptam a ela, *estariam entregues às relações de força.*”⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ MADOZZO, op. cit., p. 157.

⁷⁰⁸ Sobre a multa coercitiva francesa (*astreinte*) ver: FRIGNANI, Aldo. Il mondo dell'*astreinte*: sviluppi recenti e prospettive. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 359-380 e TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 86-94. Sobre a multa coercitiva aplicada para os casos de *contempt of court* ver: MILLER, **Contempt of court**, p. 32-33. Marcelo Lima Guerra explica que “o único instrumento que vem sendo utilizado, com certa frequência, para assegurar o cumprimento de decisões judiciais – finais ou interlocutórias – emanadas contra o Poder Público, vem a ser a multa diária.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 197).

⁷⁰⁹ MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 119. Em outra oportunidade, demonstrando a relação entre a sentença mandamental e a multa, Marinoni argumenta da seguinte maneira: “Por outro lado, uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que ‘ordena’, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A

Todavia, como anunciado preliminarmente, a execução por meio de multa contra as pessoas jurídicas (de direito público ou de direito privado) desafia um óbice operativo: sua aplicação contra o ente personificado impede, em grande medida, que se atinja e que se exerça pressão sobre a vontade humana capaz de cumprir a ordem judicial.

Isso ocorre porque a execução que opera mediante ordem mandamental⁷¹⁰ atrelada à multa periódica⁷¹¹, por se tratar de uma forma de execução que atua sobre o ânimo do devedor visando convencê-lo a adimplir, quando destinada à pessoa jurídica, vai exigir, para sua plena concretização, que o mecanismo de coerção indireta exerça pressão sobre a vontade humana responsável pela atuação da pessoa jurídica.

É só assim que se alcança o *objetivo precípua da multa*: induzir ao cumprimento da decisão através do constrangimento da vontade do obrigado.

Por isso é que *os sistemas estrangeiros analisados*, ao enfrentarem tal problema de inoperância da multa (ou de outras sanções coercitivas equivalentes), *concluíram que o mecanismo de coerção ao cumprimento das ordens judiciais deve ser empregado contra quem corporifica a vontade da pessoa jurídica, independentemente de sua posição em relação ao processo.*

mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir: Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a ‘sanção’, a sentença somente é mandamental quando há coerção indireta.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 401).

⁷¹⁰ No plano conceitual, a sentença mandamental contém ordem, emanada da autoridade jurisdicional para cumprimento imediato, que revela o *imperium* do Estado-juiz. Ademais, tal ordem pode ser acompanhada de medida de indução (como a multa diária, por exemplo) para o fim de emprestar força coercitiva à ordem judicial. Se a basilar característica da ação mandamental reside no fato de a sentença conter um mandamento para que seja cumprida, não se pode concebê-la como mera exortação ao réu, semelhantemente ao que transcorre na sentença condenatória.

⁷¹¹ Trata-se da execução indireta, uma forma de execução que atua sobre a vontade do devedor visando convencê-lo a adimplir. Privilegia-se a seguinte noção de execução indireta: “A sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu. (...) Quando a sentença ordena, visando compelir o réu a cumpri-la, a execução é dita ‘indireta’, já que o direito declarado pela sentença só vai ser efetivamente realizado se a sentença convencer o réu a observá-la.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 429).

Como será demonstrado, essa também parece ser também a solução mais consentânea com o ordenamento nacional.

Para isso impende notar que, tal como nos sistemas da *common law*, que mediante a técnica da *injunction* impõe um fazer (*mandatory injunction*) ou ordena um não fazer (*prohibitory injunction*),⁷¹² o sistema processual pátrio concebe uma espécie particular de decisão voltada para a imposição de fazer e de não fazer: trata-se da sentença mandamental.

A decisão mandamental é caracterizada por dirigir ordem ao réu para cumprimento imediato. Por se tratar de sentença que ordena, objetivando compelir o réu a cumpri-la, é absolutamente compreensível que o direito declarado pela sentença só venha a ser concretizado se a sentença convencer o réu a observá-la.⁷¹³

Mais do que esclarecedoras são, nesse tocante, as palavras de Marinoni:

...a sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que “ordena”, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas não ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido não ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a “sanção”, a sentença somente é mandamental quando há coerção indireta.⁷¹⁴

É justamente aí que entra em funcionamento a multa, meio executivo destinado a exercer pressão sobre a vontade do réu e que, em última análise, dá coloração à sentença mandamental.

Se a multa tem por meta compelir o réu a cumprir, é evidente que a sua efetividade depende da sua capacidade de infundir receio no devedor. No entanto, em muitos casos, fere a lógica pensar que a multa deva atingir exclusivamente o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pela inobservância da ordem

⁷¹² VARANO, Vincenzo. Contempt of court. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 414.

⁷¹³ Nesse sentido: MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 396.

⁷¹⁴ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 401.

judicial é corporificada por seus representantes, isto é: diretores, funcionários e sócios, quando se pensa em uma *pessoa jurídica de direito privado*, ou agentes públicos, quando se trata de *pessoas jurídicas de direito público*.

A pessoa jurídica em si, como se bem sabe, é uma construção legal abstrata, destituída de vontade.⁷¹⁵ De nada adianta, portanto, lançar mão de um mecanismo caracterizado pela ameaça de ordem psicológica contra um ser privado de vontade. Na medida em que as pessoas jurídicas são aparatos técnicos destituído de vontade própria, é mais do que compreensível que não possam ser constrangidas ou convencidas de coisa alguma.

Por sua vez, não se nega que as pessoas jurídicas se expressam por intermédio de seus dirigentes, de seus administradores, de seus agentes, os quais, em última análise, são pessoas físicas. Evidentemente não há como deixar de reconhecer que dentro da estrutura orgânica das pessoas jurídicas existem pessoas que recebem a atribuição das tarefas de gestão e comando. Na maioria das vezes, o dirigente responsável pela gestão da pessoa jurídica é quem detém poderes para dar cumprimento à decisão judicial que se volta contra o ente personificado.

Nesses casos, como é possível supor, a concretização da ordem que atua vinculada à multa só tem chance de ser obtida se contar com o fazer ou com o não fazer daqueles que corporificam a vontade da pessoa jurídica e que, na maioria das vezes, não integram a relação jurídica processual.

É possível afirmar, em outras palavras, que, nesses casos, a efetivação da ordem, reclamará pela cooperação de pessoas que não são partes no processo, mas de cuja ação ou omissão depende, diretamente, o cumprimento do provimento jurisdicional. É o caso daquelas pessoas que dirigem ou são responsáveis pela atuação da pessoa jurídica (dirigentes, diretores, agentes públicos, funcionários, etc.)

⁷¹⁵ Trata-se, portanto, de uma premissa que pode ser assumida sem necessidade de particular justificação.

Se tudo isso é verdade, nada mais coerente, por conseguinte, do que se pensar na utilização da multa coercitiva para pressionar a vontade desse terceiro administrador (ou responsável) da pessoa jurídica.

Nessa ordem de idéias, torna-se integralmente pertinente o questionamento sobre a razão de se resistir à postura de que a principal técnica processual de pressão psicológica – a multa – incida sobre a vontade humana responsável pela gestão da pessoa jurídica e, portanto, pelo cumprimento da decisão judicial.

Ora, não se pode negar que o cumprimento do comando contido na decisão judicial, quando voltado contra a pessoa jurídica, depende de ato daqueles que a dirigem. Se a observância da decisão mandamental pela pessoa jurídica depende do comportamento de seus dirigentes, a multa coercitiva - enquanto mecanismo de pressão psicológica - poderá, em muitas hipóteses, ter sua força profundamente mitigada caso incida na esfera jurídica do ente personificado ao invés de ser direcionada para a pessoa física responsável pelo cumprimento da decisão.

Daí a observação de Marcelo Lima Guerra no sentido de que “a medida coercitiva, como instrumento de pressão psicológica, deve ser exercida contra a vontade enquanto fenômeno psíquico.”⁷¹⁶ Não é demais lembrar, além disso, que a pessoa jurídica é um ser, é indivisa, é individual, entretanto, ela não é substancial, depende, “para existir, dos seres humanos, que estão sob sua existência.”⁷¹⁷

Se, portanto, não há o atendimento à decisão judicial destinada à pessoa jurídica que ocupa o pólo passivo da relação processual, não há como ignorar que isso é consequência direta do menosprezo de seus dirigentes.

Sob esse ângulo, é certo que a imposição de multa exclusivamente à pessoa jurídica pode resultar inócua, uma vez que não tem a capacidade de sensibilizar seus

⁷¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, p.130.

⁷¹⁷ OLIVEIRA, Lamartine Correa de. **Conceito de pessoa jurídica**. Curitiba, 1962, p. 164.

dirigentes responsáveis, contra os quais não vai ser imposto, diretamente, qualquer agressão de ordem patrimonial.⁷¹⁸

Nessa mesma perspectiva, levando-se em conta a finalidade precípua da multa (que é sempre a de efetivar as decisões judiciais por intermédio do exercício de pressão psicológica sobre a vontade humana)⁷¹⁹ e a amplitude da norma contida no art. 461 do Código de Processo Civil, é essencial e indispensável para a adequada tutela do direito a cominação de multa contra a pessoa física, de cuja ação ou omissão, depende, diretamente, o cumprimento da decisão judicial.

Ora, se a função da multa periódica é nitidamente coercitiva, o que lhe empresta sentido jurídico é o seu poder de influenciar na vontade, no ânimo da pessoa de quem depende o cumprimento da ordem judicial, de sorte a convencê-la que é melhor fazer cumpri-la do que suportar o prejuízo patrimonial oportunizado pela multa. Por isso a irrepreensível assertiva no sentido de que, “imposta contra a pessoa jurídica, as medidas coercitivas tendem a ser eficazes apenas naquelas hipóteses em que, possa dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir a vontade humana.”⁷²⁰

Considerando-se, portanto, a teleologia desse meio executivo, a conclusão aqui obtida não pode ser outra senão a de que, quando aplicadas em face da pessoa jurídica, a multa deve recair sobre a esfera pessoal do terceiro que incorpora a vontade da pessoa jurídica ou, simplesmente, do terceiro que tenha capacidade de cumprir a ordem judicial endereçada à pessoa jurídica.

⁷¹⁸ Vejam-se as considerações de Marcelo Lima Guerra: “Daí a inoperância dessa medida quando utilizada contra tais pessoas jurídicas, sobretudo de direito público. Isso porque, incidindo sobre a própria pessoa jurídica é o seu patrimônio que será imediatamente atingido pela medida cabendo à pessoa jurídica devedor propor ação regressiva contra o agente que deu causa à incidência concreta da multa para obter dele o ressarcimento.” (GUERRA, **Direitos fundamentais...**, p. 130).

⁷¹⁹ Além, é claro, de sua função de impor a respeitabilidade das decisões judiciais, preservando indiretamente a dignidade do Poder Judiciário.

⁷²⁰ GUERRA, **Direitos fundamentais...**, p. 130.

Portanto, por uma questão de lógica, essa parece ser a postura adequada para tal problema. No entanto, resta ainda analisar a legitimidade jurídica da proposta alvitrada.

7.5 A DISMISTIFICAÇÃO DO DOGMA DE QUE O JUIZ NÃO PODE EMITIR ORDENS CONTRA TERCEIROS

7.5.1 Primeiras reflexões

À primeira vista, o entendimento de que a multa prevista no art. 461, do Código de Processo Civil, deve ser aplicada diretamente a quem corporifica a pessoa jurídica e não a esta, pode ser objeto fundamentalmente da objeção - no sentido predito por Marcelo Lima Guerra - de que “o órgão jurisdicional é desprovido de poderes contra terceiros.”⁷²¹

Ora, como os dirigentes, funcionários e agentes das pessoas jurídicas (de direito público ou de direito privado) não são tecnicamente partes no processo, é natural que se apresentem questionamentos acerca de sua ilegitimidade para sofrer os efeitos do principal meio executivo caracterizador da execução indireta: a multa.

No entanto, um exame aprofundado do problema, assentado numa interpretação sistêmica, permite que se refute tal ordem de crítica e que, por via de consequência, se confirme a viabilidade jurídica de tal postura.

Nesse passo, observe-se desde logo que tal crítica deita raiz num dogma que precisa ser desmistificado. Examinando tal problemática, Marcelo Lima Guerra assevera que o que não se admite, a bem da verdade, é que o Poder Judiciário emita providências finais contra terceiros. Isto é, não se tolera que o comando contido numa decisão judicial tenha como exclusivo destinatário pessoa em face da qual não foi

⁷²¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 132.

demandada a atuação da vontade da lei.⁷²² Esta limitação em relação aos sujeitos dos efeitos diretos da sentença, no entanto, não encontra restrição quando se está diante do “poder de coerção”⁷²³.

“Poder de coerção”, na forma delineada por Chiovenda, é aquele que visa superar os entraves à administração da justiça.⁷²⁴

Sendo assim, Marcelo Lima Guerra obtempera que os limites estabelecidos pelo dogma antes referido obstam que o juiz preste tutela jurisdicional a favor ou contra terceiros. Entretanto, “nada impede que, para chegar a esse resultado, o juiz depare-se com obstáculos representados pela ação ou omissão de terceiros, à ultrapassagem dos quais ele deve tomar medidas de força, de atuação prática de ordens, sejam medidas sub-rogatórias, sejam medidas coercitivas.”⁷²⁵

Hipótese legal típica a retratar a sujeição de terceiros ao poder jurisdicional, pode ser encontrada, por exemplo, nos arts. 339 e 341 do Código de Processo Civil. O primeiro dispositivo determina que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, ao passo que o segundo dispõe ser dever do terceiro, independente do pleito envolvido, “informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento” e “exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.”

Tomando-se por exemplo ainda outros dispositivos legais que dão vazão à emissão de ordens em face de terceiros, é possível pensar no poder de ordenar a exibição de documentos e coisas em poder de terceiro (art. 358 e seguintes, do Código de Processo Civil) ou na possibilidade de o órgão jurisdicional requisitar a presença da

⁷²² A idéia funda-se, em verdade, na distinção entre partes e terceiro formulada por Giuseppe Chiovenda. Segundo sustenta o processualista italiano, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 278)

⁷²³ GUERRA, Direitos fundamentais..., p.131. O termo “poder de coerção” é empregado por Giuseppe Chiovenda. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 40-41).

⁷²⁴ CHIOVENDA, op. cit., p. 41.

⁷²⁵ GUERRA, Id.

força policial para debelar qualquer resistência ilegal das partes ou de terceiro na execução de seus atos (art. 662).⁷²⁶

Diante de tais constatações, conclui Marcelo Lima Guerra que “a só qualidade de terceiro do dirigente da pessoa jurídica, ou de quem quer que, com sua ação ou omissão injustificáveis, deixa de praticar ato através do qual se obtenha a satisfação *in executivis* de determinado crédito, não é capaz de afastar o uso dos poderes indeterminados conferidos ao juiz para, buscando a prestação da tutela executiva efetiva, cominar-lhe multa por dia de atraso no cumprimento do referido ato (ou abstenção).”⁷²⁷

É interessante notar que, para fins do processo, o obstáculo criado pelo dirigente que não cumpre a ordem judicial é seguramente mais nocivo do que, por exemplo, aquele gerado por terceiro que dispendo de documentos essenciais ao processo, especificamente para o conhecimento dos fatos da causa, nega-se a disponibilizá-los.

Se, indiscutivelmente, não se nega que o juiz tem o dever de tomar providências no sentido de vencer os obstáculos criados por terceiro quanto à exibição de documentos indispensáveis à instrução da causa ou que o órgão jurisdicional deva agir a fim de superar os entraves daqueles que de algum um modo resistam às suas ordens, não há fundamento para a recusa de que o dirigente que apresenta oposição à concretização da ordem judicial (mesmo que tal oposição funde-se em um comportamento omissivo) seja submetido ao poder de coerção do juiz.⁷²⁸

Não se pode olvidar, aliás, que, segundo a célebre explicação de Chiovenda, o âmbito próprio para o exercício do poder coercitivo é o período da execução. Nesse sentido, Chiovenda deixa claro que “o órgão jurisdicional pode remover

⁷²⁶ CHIOVENDA, op. cit., p. 43.

⁷²⁷ GUERRA, op. cit., p. 132.

⁷²⁸ Não é demais lembrar ao tratar do poder de coerção, Chiovenda relaciona-o a meios de coação dentre os quais se destaca a pena pecuniária e o arresto pessoal. (CHIOVENDA, op. cit., p. 42)

coercitivamente os obstáculos, acaso opostos ao exercício de sua função, especialmente à execução de suas ordens.”⁷²⁹

Por esse motivo, considerando-se que a multa exarada contra a pessoa natural investida dos poderes jurídicos para dar cumprimento ao comando é tão-só um mecanismo destinado a refrear a resistências à ordem judicial, não há como pensar em furtar o órgão jurisdicional de tal utilização.

Como será demonstrado adiante, as idéias aqui desenvolvidas serão substancialmente potencializadas a partir da reforma promovida no art. 14 do Código de Processo Civil que, segundo grande parte da doutrina, tornou possível ao órgão jurisdicional superar os atos de *contempt of court*.

7.5.2 A Figura do Responsável pelo Descumprimento das Decisões Mandamentais (art. 14 do Código de Processo Civil)

As idéias alinhavadas no item precedente, concernentes ao poder do magistrado de ultrapassar coercitivamente os entraves erigidos por terceiros à efetiva prestação jurisdicional, guardam estrita relação com a atual redação do art. 14 do Código do Processo Civil.

É possível adiantar que este dispositivo generalizou a utilização de sanção pecuniária em face dos responsáveis pelo descumprimento dos provimentos mandamentais ou pela criação de embaraços à efetivação de decisões judiciais, sejam elas de natureza antecipatória ou final.

Analisando os reflexos da nova redação do dispositivo, Luiz Rodrigues Wambier explica que, em face do desejo de dotar o processo de maior efetividade,

o legislador tem procurado aparelhar cada vez mais o sistema processual com mecanismo capazes e suficientes para evitar o descumprimento das decisões judiciais ou que quando pouco desestimulem a prática de atos tendentes a de alguma forma dificultar o cumprimento

⁷²⁹ CHIOVENDA, op. cit., p. 41.

das decisões mandamentais, antecipatórias de tutelas e finais, isto é, declaratórias (em sentido amplo) da tutela jurisdicional (nova redação do art. 14).⁷³⁰

Nessa linha, Rogério Cruz e Tucci entende que o escopo da alteração foi “robustecer a ética no processo, em especial, os deveres de lealdade processual e de probidade que devem nortear a atuação dialética não apenas das partes e de seus procuradores, mas igualmente a intervenção de quaisquer outros participantes do processo”.⁷³¹

A relevância do dispositivo na inibição da deslealdade processual e na promoção da efetividade da tutela jurisdicional é tal que a doutrina tem se referido à reforma do art. 14 do Código de Processo Civil como a consagração da figura do *contempt of court* no direito brasileiro.⁷³²

Interessa aqui, em respeito aos objetivos traçados para o presente trabalho, promover um exame crítico de tal dispositivo e de suas repercussões no panorama da efetividade do processo, notadamente no campo da concretização das decisões que dependem da participação de terceiro.

É lícito afirmar que se manifesta nesse preceito a mais eficiente chave de leitura do problema que se propõe enfrentar no presente estudo, isto é, a questão do direcionamento da multa coercitiva do art. 461 para terceiros responsáveis pelo cumprimento da decisão judicial, especialmente para aquelas ordens voltadas para as pessoas jurídicas.

⁷³⁰ WAMBIER, O *contempt of court*..., p.588.

⁷³¹ TUCCI, Repressão..., p. 66.

⁷³² V. a respeito: WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. RT: São Paulo, 2005, p. 585-602; ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro, **Revista de Processo**, n. 111, 2003, p. 18-37; VAZ, Paulo Afonso Brum. O *contempt of court* no novo processo civil, **Revista de Processo**, n. 118, 2004, p. 149-172; TUCCI, Rogério Cruz e, Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do Código de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 65-77; GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do “*contempt of court*” brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). **Direito processual (inovações e perspectivas): estudo em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.1-11.

Convém sublinhar, nesse passo, que a Lei n. 10.358 de 2001, dando nova redação ao artigo 14 do Código de Processo Civil, prescreveu em seu inciso V que “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

Ademais, no parágrafo único desse mesmo dispositivo, qualificou-se como “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, a violação dos deveres prescritos no referido inciso V, facultando-se ao juiz a aplicação de multa de até 20% ao valor da causa ao responsável pela renitência, sem prejuízo das demais sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

Inicialmente é de se esclarecer que, com a Lei n. 10.358 de 2001, sobrevieram pelo menos duas ordens de inovações no art. 14 do Código de Processo Civil: além da ampliação objetiva dos deveres processuais, houve notória extensão dos sujeitos alcançados pela norma.⁷³³

Em relação à primeira, a novidade consistiu em impor às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participem do processo o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

Provimentos mandamentais, consoante tratado anteriormente, são ordens para que a própria parte cumpra o dever imposto na decisão e que são acompanhadas de um meio de coerção indireta (p. ex.: multa coercitiva).⁷³⁴

Aceita-se, ademais, a extensão desse dispositivo àquelas decisões que tem eficácia executiva (ou, como prefere grande parte da doutrina, provimento executivo *lato sensu*).⁷³⁵

⁷³³ WAMBIER, *O contempt of court...*, p.586.

⁷³⁴ MARINONI, Tutela inibitória, p. 401.

⁷³⁵ As decisões de natureza executiva, além de dispensarem a execução *ex intervallo*, caracterizam-se pela utilização de meios executivos sub-rogatórios não tipificados. Melhor explicando: através dos provimentos de eficácia executiva, a concretização da decisão se desenvolve no mesmo processo em que foi proferida mediante a utilização do meio de execução direta que melhor se ajuste à situação concreta (art, 461, § 5.º), sempre segundo o influxo das regras do meio idôneo e da menor

Acrescente-se ainda que a norma não só alcança as sentenças ou acórdãos (provimentos judiciais finais), mas também as decisões que antecipam os efeitos da tutela (provimentos judiciais antecipatórios), incluindo-se também as liminares de natureza cautelar.⁷³⁶

Assim, do ponto de vista do alcance objetivo da norma, é possível concluir, resumidamente, que configura ato atentatório ao exercício da jurisdição, não somente o descumprimento de decisões de natureza mandamental, mas, de igual sorte, a obstrução intencional dos provimentos de natureza executiva, sejam eles, em todos os casos, finais ou antecipatórios.

Ao lado disso, a segunda substancial mudança promovida pela Lei n. 10.358/2001 diz respeito à ampliação dos sujeitos envolvidos pela norma. Convém relembra, antes de tudo, que o art. 14, em sua redação original, dizia respeito exclusivamente aos deveres das partes e de seus procuradores.⁷³⁷

restrição possível. (Nesse sentido, entre outros: MARINONI; ARENHART, **Manual do processo de conhecimento**, p. 430-431 e WATANABE, op. cit., p. 44-45). Muito embora a redação do inciso V, do art. 14, refira-se apenas ao dever de cumprimento dos “provimentos mandamentais”, alguns doutrinadores consideram adequado compreender que os provimentos executivos também devem ser beneficiados pelo regime sancionatório previsto nesse dispositivo. É o que sustenta, por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier. Debruçando-se sobre tal assunto, afirma o processualista que, como ambas as modalidades de sentenças possuem em comum o fato de veicularem ordem jurisdicional a ser imediatamente cumprida, sem que haja a necessidade da instauração de processo de execução autônomo, “não faria sentido, (...), interpretação restritiva da regra do art. 14, para abranger apenas as *sentenças mandamentais*, deixando fora do seu alcance estas últimas (as sentenças executivas *lato sensu*)”. Portanto, segundo este autor, ao mencionar apenas as sentenças mandamentais, o legislador disse menos do que pretendia dizer (*dixit minus quam voluit*). (WAMBIER, op. cit., p. 591-592). Por sua vez, outros doutrinadores entendem que os provimentos executivos foram abrangidos pela parte final da norma (inciso V), no ponto esta impõe a o proibição de criação de embaraços à efetividade dos provimentos judiciais. (TUCCI, *Repressão...*, p. 69). Segundo Paulo Afonso Brum Vaz, o dever ético de não criar embaraços à efetividade dos provimentos judiciais “é um comando dirigido a quem, não se não sendo o responsável pelo cumprimento da ordem, que se fará por intermédio de terceiro, cria obstáculos à sua efetivação.” Insere-se nessa hipótese, de acordo com esse autor, os provimentos executivos *lato sensu*, “em que a ordem deve ser efetivada sem a interferência do réu.” (VAZ, *O contempt of court no novo processo civil*, p. 153).

⁷³⁶ WAMBIER, op. cit., p. 595; VAZ, op. cit, p. 153-154. Ver ainda importante crítica sobre a exclusão da multa na tutela antecipada formulada por Ada Pellegrini Grinover: GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do “contempt of court” brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). **Direito processual (inovações e perspectivas): estudo em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9-10.

⁷³⁷ O *caput* do dispositivo assim dispunha, de acordo com a redação primitiva: “Compete às partes e aos seus procuradores.”

Por sua vez, à luz da redação aperfeiçoada do *caput* do dispositivo, revela-se que o legislador pretendeu estender tais deveres de cooperação com a celeridade do procedimento e com a atuação do Poder Judiciário a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, ou seja, a regra alcança a todos os protagonistas do processo.⁷³⁸

Aliado à disposição contida no *caput*, segundo explica Luiz Rodrigues Wambier, o parágrafo único do art. 14 criou a figura do responsável⁷³⁹ pelo descumprimento da ordem judicial ou pela criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais.⁷⁴⁰

É que nos termos desse preceito, a violação dos deveres estabelecidos 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.”

Observe-se que esse dispositivo, ao se valer do termo *responsável* ou invés de parte ou terceiro, concebe como destinatário da multa todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, independente de que eles se situem ou não no pólo passivo ou ativo da relação processual.⁷⁴¹

⁷³⁸ A regra, após a reforma, passou a ter a seguinte redação: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.”

⁷³⁹ “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.”

⁷⁴⁰ Assim pronuncia-se o autor: “Sem qualquer dúvida, a inovação trazida pela lei de 2001 promoveu profunda alteração no tratamento da matéria relativa ao descumprimento das decisões judiciais, revestindo-se do caráter de norma de persuasão ao cumprimento das decisões judiciais.” (WAMBIER, op. cit., p. 590)

⁷⁴¹ Em estimulante estudo sobre a “Paixão e morte do ‘contempt of court’ brasileiro”, Ada Pellegrini Grinover, embora lamentando a desfiguração do *contempt of court* em nosso sistema em razão das alterações promovidas pelo Executivo e pelo Legislativo no texto original da proposta de reforma do art. 14, considerou que “ainda se salvava a previsão da incidência de multa em relação à

Portanto, deve ser entendido que os deveres inseridos no inciso V alcançam não apenas as partes (autor, réu, litisconsortes) e seus procuradores, mas também os terceiros interessados e terceiros intervenientes. Ademais, a doutrina entende que a norma apanha também o juiz⁷⁴² e os auxiliares da justiça⁷⁴³, o Ministério Público⁷⁴⁴, os peritos judiciais e assistentes técnicos, as testemunhas, o síndico da falência, o comissário da concordata, o liquidante da sociedade, o leiloeiro público ou privado.⁷⁴⁵

Note-se, porém, que esse rol levantado pela doutrina é meramente exemplificativo. A diversidade de sujeitos que pode ser compreendida no âmbito das expressões “todos aqueles que de alguma forma participem do processo” e “responsável” pelo descumprimento certamente exclui qualquer tentativa de enumeração exaustiva.⁷⁴⁶

Traçadas essas considerações, e dando atenção ao que interessa à presente pesquisa, faz-se necessária a seguinte indagação: *os agentes administrativos, dirigentes ou funcionários da pessoa jurídica podem ser considerados responsáveis para o fim de aplicação da multa pecuniária prevista no parágrafo único do art. 14?*

Segundo Araken de Assis, a resposta é afirmativa. Acaso haja o descumprimento da ordem mandamental pela pessoa jurídica (art. 14, V), o servidor e

conduta do ‘responsável’, figura evidentemente mais ampla do que a parte processual.” (GRINOVER, op. cit., p. 9)

⁷⁴² Sobre a possibilidade de o juiz obstar o cumprimento das ordens judiciais, dando ensejo ao ato atentatório, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p.151.

⁷⁴³ VAZ, op. cit., p. 157.

⁷⁴⁴ TUCCI, op. cit., p. 66.

⁷⁴⁵ WAMBIER, op. cit., p. 595.

⁷⁴⁶ Nesse contexto, não se pode deixar de registrar que, muito embora se trate de questão extremamente polêmica e não isenta de críticas, os únicos realmente excluídos do âmbito de abrangência da norma são os advogados, atuem eles no setor privado ou no setor público. Julgando procedente a ADIN n.º 2.562/DF, em 08.05.2003, o Supremo Tribunal Federal, emprestou interpretação conforme à Constituição à expressão “ressalvados os advogados que se sujeitam ao estatutos da OAB”, contida no parágrafo único do art. 14 do CPC, com redação imprimida pela Lei 10.358/2011, para abranger advogados do setor público e privado. Para uma análise mais detida dessa questão, ver as críticas dirigidas a essa decisão formuladas por Luiz Rodrigues Wambier no ensaio citado na nota anterior.

o agente público sujeitam-se à multa pecuniária prevista no parágrafo único desse mesmo dispositivo.

Na perspectiva desse autor, como os agentes públicos vinculam-se ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é natural que sejam suscetíveis ao mal infligido pela multa. Tal autor considera quase certo que os servidores não irão resistir à ordem judicial, “arrostando a consequência de se verem apenados. Razões individuais, a exemplo da promoção iminente e o amor próprio, tornam o servidor apegado à rotina inflexível do cumprimento espontâneo.”

Ademais, a destinação da multa diretamente para o servidor público responsável pelo descumprimento é uma maneira de se preservar a finalidade desse mecanismo de pressão psicológica.⁷⁴⁷

Comungando a posição, Luiz Rodrigues Wambier sustenta que, no caso de o embaraço ao cumprimento ou o descumprimento da decisão judicial ter sido fruto do comportamento do agente público, este “será pessoalmente responsabilizado (prefeito municipal, Governador e Estado, etc.), e seu patrimônio pessoal é que responderá, posteriormente, pela via da execução fiscal”⁷⁴⁸

Esse processualista faz menção ainda ao ensaio de Juvêncio Vasconcelos Viana, para quem o servidor público deve experimentar direta e pessoalmente o prejuízo pecuniário fruto de sua “recalcitrância em cumprir a decisão, comportamento indigno daquele que se investe no exercício da função administrativa.”⁷⁴⁹

Imprimindo maior solidez a tal postura, Hugo de Brito Machado também defende que a multa deve ser cominada diretamente àquele que corporifica a pessoa jurídica. É interessante compreender a argumentação desenvolvida por esse autor:

⁷⁴⁷ ASSIS, op.cit., p. 30.

⁷⁴⁸ WAMBIER, op. cit., p. 593. Esse autor cita alguns julgados nos quais a multa foi aplicada ao agente público responsável pela renitência.

⁷⁴⁹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Ato atentatório ao exercício da jurisdição – Multa – Comentários ao novo inciso V, art. 14 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, 2003, p. 86-87 *apud* WAMBIER, op. cit., p. 593.

O raciocínio que conduz à conclusão de que a multa é aplicável à parte (pessoa jurídica) e não a quem a corporifica (pessoa natural) diretamente e assim é responsável pelo descumprimento da decisão não é sequer um raciocínio lógico. Mas, ainda que o fosse, não poderia prevalecer, pois, como, afirma Perelman com inteira propriedade, ‘seja qual for a técnica utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual o raciocínio conduziria. Pelo contrário, os esforços dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico ou, ao menos, com aceitabilidade social da decisão. Essa preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão.’”⁷⁵⁰

Com base nesse raciocínio, Hugo de Brito Machado apregoa que, quando a Fazenda Pública é parte no processo, defender que “a multa seria aplicável à parte e não a quem a corporifica mostra-se ainda mais inaceitável, pois na generalidade dos casos, implicaria em anular a própria norma instituidora da sanção.”⁷⁵¹

Portanto, sob esse prisma, a multa prevista no parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil, quando direcionada para a pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, deve ser aplicada àquele que a corporifica, isto é: ao agente público, ao dirigente ou representante da pessoa jurídica ao qual caiba a conduta a ser adotada em cumprimento da decisão judicial.

Na ótica de Hugo de Brito, seria insustentável, aliás, que, sendo o Estado responsável pela prestação jurisdicional, cujo perfeito funcionamento lhe cabe preservar, tutelando e defendendo o interesse público primário, possa ele próprio, cometer um ato atentatório a dignidade da jurisdição. Nessa ordem de idéias, não há como deixar de reconhecer que é o servidor público quem atua de forma a contrariar a perfeita administração da justiça, demonstrando nítido despreparo para o desempenho de suas atribuições em um Estado de Direito. Por conseguinte, na perspectiva de Hugo de Brito Machado, é esse funcionário que deve ser onerado com a sanção preordenada pelo art.14 do Código de Processo Civil.⁷⁵²

⁷⁵⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Descumprimento de ordem judicial. **Revista da Ajufe**, n. 70, 2002, p. 215-216.

⁷⁵¹ MACHADO, op. cit., p. 215-216.

⁷⁵² MACHADO, Id.

Assim, à luz desses relevantes passos doutrinários, é possível concluir que a imposição da multa por ato atentatório à administração da justiça, nos casos envolvendo pessoas jurídicas, exige que tal mecanismo tenha como destinatário direto o funcionário, o dirigente, ou o agente público que corporifica a vontade da pessoa jurídica, sob pena de se frustrar por completo o objetivo da multa.

Ora, levando-se em conta que o objetivo da multa introduzida pelo parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil, é desestimular o descumprimento das ordens judiciais, é muito mais eficaz que a sanção seja empregada contra os dirigentes, os funcionários ou demais pessoas físicas responsáveis pela pessoa jurídica, uma vez que a imposição da sanção direta contra o ente seria inidônea para coibir o descumprimento por não atingir a vontade humana responsável pela renitência, pelo *contempt of court*.

Isso tudo é compreensível porquanto, consoante demonstrado, a própria lei prescreve que a multa deve ser infligida àqueles que possam ser enquadrados na expressão “responsável” consignada no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil.

Naturalmente, como as pessoas jurídicas são figuras abstratas, destituídas de vontade ou intelecto, sua atuação é impulsionada por seus dirigentes e funcionários. São eles quem, em última análise, poderão frustrar o resultado que deveria ser proporcionado pelo processo, seja mediante o descumprimento dos provimentos mandamentais, seja erigindo obstáculos à concretização das demais decisões judiciais.

De mais a mais, se a fonte de inspiração das inovações do art. 14 do Código de Processo Civil foi, de fato, a figura do *contempt of court*, não haveria como negar a possibilidade de que as técnicas processuais de pressão psicológica (sejam elas punitivas ou coercitivas) preordenadas para a preservação da respeitabilidade da função jurisdicional e para a concretização das decisões judiciais sejam tornadas sem efeito por não poderem atingir a pessoa física que corporifica a vontade da pessoa

jurídica e que é, a rigor, quem pode dar cumprimento ao comando contido na ordem judicial.

7.5.3 A Destinação da Multa Coercitiva para o Responsável pelo Cumprimento da Decisão Judicial

Depois de fixadas essas idéias, interessa agora demonstrar como as conclusões obtidas pelo exame do art. 14 do Código de Processo Civil, especialmente em relação à figura do responsável pelo descumprimento, servem de referencial hermenêutico para a aplicação da multa coercitiva do art. 461 do Código de Processo Civil para terceiros responsáveis pelo cumprimento da decisão mandamental.

Note-se que o que se procurou destacar até agora, através do exame do art. 14 do Código de Processo Civil, é que este dispositivo tem a importante função de identificar a figura do responsável pelo descumprimento da decisão judicial. É exatamente esse responsável quem será sancionado, em caráter pessoal, pela multa punitiva prevista no parágrafo único do referido dispositivo, independentemente de ser ele parte ou terceiro.

Essa constatação ganha grande importância em relação às decisões mandamentais. Essa espécie de decisão impõe um dever pessoal de fazer ou de abstenção que, a rigor, se faz acompanhar de multa coercitiva (art. 461, § 4.º). De acordo com a sistemática processual vigente, aquele que deixa de cumprir a ordem mandamental pode ser submetido a duas sanções de caráter patrimonial: a multa coercitiva do art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil e a multa punitiva prevista no art. 14, V, do diploma processual.

Como demonstrado anteriormente, a mais abalizada doutrina sustenta que a multa punitiva do art. 14 do Código de Processo Civil, quando voltada para a pessoa jurídica que é parte no processo, deve ser suportada diretamente pela a pessoa natural

que corporifica a vontade do ente e que é, a rigor, quem pode dar cumprimento ao comando contido na ordem judicial.

Surge dessa constatação a seguinte pergunta: tal raciocínio não deve ser transportado para o terreno da multa coercitiva? Isto é: *se o responsável pela desobediência da ordem judicial* (terceiro que corporifica a vontade da pessoa jurídica) *é o destinatário da multa punitiva* (art. 14, parágrafo único) preordenada para aqueles que *descumprem os provimentos mandamentais*, não deve ser também ele o *destinatário da multa coercitiva* (art. 461, § 4.º e § 5.º) predestinada para aqueles que *devem cumprir as decisões mandamentais*?

Por outras palavras: qual o sentido em se punir pessoalmente os agentes ou dirigentes da pessoa jurídica pelo descumprimento da decisão mandamental e não lhes coagir pessoalmente ao cumprimento quando se tem plena ciência de serem eles os responsáveis por dar atendimento ao comando judicial?

Ora, se é certo que a multa punitiva por descumprimento dos provimentos mandamentais, quando voltada para a pessoa jurídica que é parte no processo, deve ser dirigida à pessoa física que tem o dever de atender à decisão judicial, não parece coerente sustentar que a multa coercitiva do art. 461 do Código de Processo Civil (que também visa empregar força as decisões judiciais) possa ter aplicação distinta.⁷⁵³

Em outros termos, não há lógica em se entender que um terceiro - como é o caso do diretor de uma empresa ou do administrador público - sendo responsável por dar cumprimento à decisão judicial, deva ser punido pessoalmente pela inobservância do provimento mandamental (na forma do art. 14 do Código de Processo Civil), mas

⁷⁵³ A prevalecer postura contrária, ter-se-ia que aceitar que o dirigente da pessoa jurídica pode sofrer pessoalmente as conseqüências do descumprimento da ordem mandamental, nos termos do art. 14 do Código de Processo Civil, todavia, não pode ser submetido, direta e pessoalmente, ao mecanismo processual de indução ao cumprimento da mesma decisão (isto é, à multa coercitiva prevista no art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil), o que, com o máximo de respeito, não parece ser a perspectiva mais consentânea com uma interpretação harmônica desses dispositivos (art. 14 e 461 do Código de Processo Civil).

não possa ser induzido a cumpri-lo mediante a aplicação de multa coercitiva em sua esfera pessoal.⁷⁵⁴

A propósito, note-se que, muito embora as multas previstas nessas regras tenham naturezas distintas e momentos de aplicação diversos - a multa por descumprimento da sentença mandamental (ato atentatório ao exercício da jurisdição) é punitiva por natureza, enquanto a multa prevista no art. 461 é claramente coercitiva - , é inegável que ambas tem por função promover o cumprimento das decisões judiciais e, para tanto, devem atuar contra uma vontade humana que efetivamente pode dar atendimento a tais ordens. Não é por outra razão que Araken de Assis, ao sustentar a destinação da multa do art. 14 ao servidor e ao agente público renitentes, fez questão de advertir que, dessa maneira, “a ameaça é real e efetiva, atingindo os objetivos de técnica de pressão psicológica.”⁷⁵⁵

Isso é explicado porque tais multas devem ser interpretadas e manejadas de forma harmônica, uma vez que, além de inseridas num mesmo sistema, o escopo de ambas, “em prol da efetividade da tutela dos direitos, é o de coibir a desobediência a determinadas decisões judiciais.”⁷⁵⁶

Sendo assim, é possível concluir que, quando destinadas à pessoa jurídica, ambas as multas (coercitiva e punitiva) devem incidir na esfera pessoal do responsável pelo cumprimento da decisão judicial.

A única diferença, no que tange à aplicação, reside no fato de que a multa do art. 14 sempre vai pressupor o descumprimento, ao passo que a multa coercitiva não.

⁷⁵⁴ Segundo o raciocínio até aqui desenvolvido, ou se descarta, de imediato, que a multa punitiva do art. 14 possa ser aplicada a terceiros (o que, a rigor, implicaria em negar os termos da própria regra), ou não haveria como, sob um prisma sistemático, sustentar que a multa do art. 461 do Código de Processo Civil tem campo de aplicação restrito às partes em sentido formal.

⁷⁵⁵ ASSI, *Contempt...*, p. 30.

⁷⁵⁶ Rogério Cruz e Tucci enfatiza a necessidade de se interpretar os arts. 461 e 14 do Código de Processo Civil de forma harmônica, obtemperando que “a alteração legislativa introduzida no art. 14 busca reforçar as medidas de coerção indireta com objetivo precípua de convencer o litigante a cumprir espontaneamente a ordem determinada na sentença ou a não oferecer obstáculo à efetivação dos provimentos judiciais que imponham uma obrigação específica.” (TUCCI, *Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do Código de Processo Civil*, p. 67).

Essa última, em razão de sua função compulsiva, pode ser cominada sem nunca incidir efetivamente. Isso pelo fato de que, como já tratado, a multa coercitiva só incide a partir do momento em que há o descumprimento da ordem judicial.

7.6 O RECURSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Muito embora as constatações precedentes, que se fundam numa leitura sistêmica e que tomam por base a finalidade coercitiva da multa, já propiciem uma justificação plausível para a imposição da multa contra terceiros detentores do poder de dar cumprimento à ordem que se volta contra a pessoa jurídica, é possível ainda sustentar tal ordem de raciocínio com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Desde logo é necessário uma obrigação para resgatar algumas consequências decorrentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Quando se pensa nesse direito fundamental, necessariamente sobrevém a idéia de um sistema que predisponha técnicas processuais adequadas para atender determinada situação concreta.

No entanto, nem sempre a técnica processual existe ou é integralmente adequada à tutela do direito.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada pode fazer.”⁷⁵⁷

Isso porque, “o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-juiz.” Por esse motivo, segundo Marinoni, não vem a propósito “pensar que o juiz deixa de ter dever

⁷⁵⁷ MARINONI, *Técnica...*, p. 224.

de tutelar de forma efetiva dos direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual explícita.”⁷⁵⁸

O fato de o legislador brasileiro, diferentemente do que sucedeu em outros ordenamentos estrangeiros, não ter previsto de forma expressa e taxativa que a multa deve ser empregada contra a pessoa física que corporifica a vontade da pessoa jurídica ou que detém a capacidade de dar atendimento à decisão não significa que o juiz deve permanecer inerte frente a tal hipótese.

Nessa mesma linha, obtempera Marcelo Lima Guerra que, sendo a multa diária um instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não pode ela deixar de ser utilizada, em casos em que se revela imprescindível, “apenas por não ter sido prevista sua aplicação, em tal hipótese, por norma infraconstitucional.”⁷⁵⁹

De nada adianta pensar que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada vincula o juiz, especialmente no que tange à escolha do meio executivo apropriado ao caso concreto⁷⁶⁰, sem que se propiciem condições aptas a dar efetiva aplicação ao instrumento executivo escolhido, seja do ponto de vista prático, seja do ponto de vista interpretativo.

Por estar adstrito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o juiz deve prezar pela prestação da tutela adequada e efetiva. Isso implica, entre outras coisas, na utilização do meio executivo adequado ao caso concreto e da forma que ofereça máxima efetividade à tutela jurisdicional.

⁷⁵⁸ MARINONI, *Técnica...*, p. 224.

⁷⁵⁹ GUERRA, *Direitos fundamentais...*, p. 132.

⁷⁶⁰ Nesse tocante, Marinoni assim expõe: “Diante disso, não há dúvida que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses caos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou “dizer o direito, como desejavam os juristas que não enxergavam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma função menor. Na verdade, mais do que direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado.” (MARINONI, *Curso de processo civil: Teoria geral...*, p. 112)

A predisposição de sentenças diferenciadas não significa nada em termos de efetividade da tutela do direito se não forem elas conjugadas à modalidade executiva que se harmonize às diversas realidades de direito material.

É imprescindível, nesse particular, o seguinte passo doutrinário:

Se o meio de execução adequado é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, devendo ser instituído pelo legislador ou - quando assim lhe autoriza a regra processual de caráter aberto - ser objeto de opção do juiz diante das particularidades do caso concreto, não há com desvincular o meio executivo da tutela do direito, seja para ser verificar se esta é idônea à proteção do direito material, seja para analisar se esta apesar de idônea, é a que causa a menor restrição possível a esfera do réu.⁷⁶¹

De igual sorte, de nada adianta a preordenação sistêmica de meios executivos se estes não puderem manifestar suas potencialidades. A potencialidade da multa coercitiva reside na possibilidade de constranger a vontade do devedor.

Se não há dúvida que a técnica processual (aí incluída a multa), deve variar segundo a particularidade da situação a ser tutelada, a execução por meio de coerção patrimonial contra a pessoa jurídica não pode negligenciar o fato de que esta é desprovida de vontade própria e, portanto, não pode sofrer pressão psicológica a menos que se ameace o ânimo daquele que é capaz de dar atendimento à ordem judicial.

É por essa razão que se justifica o emprego da multa contra o terceiro que incorpora a vontade da pessoa jurídica ou, simplesmente, contra o terceiro que tenha capacidade de cumprir a ordem judicial que recai sobre a pessoa jurídica.

Reitere-se que a ausência de regra processual explícita tratando da execução por meio de multa contra a pessoa jurídica jamais poderá inviabilizar que a tutela jurisdicional se desenvolva de modo tal a outorgar pela proteção ao direito material.⁷⁶²

⁷⁶¹ MARINONI; ARENHART, **Curso de processo civil: Execução**, p. 67.

⁷⁶² Essa afirmação, a bem da verdade, nada mais é do que mera ilação da direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que, como é cediço, repercute sobre o Estado-juiz.

Isso porque, conforme explicita Marinoni, “*a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz*”.⁷⁶³

Aliás, como bem obtempera o professor da Universidade Federal do Paraná, se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, para ser concretizado,

exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão realmente possa ser garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão constitucional.⁷⁶⁴

Marcelo Lima Guerra, abordando a questão dos direitos fundamentais à tutela executiva, aduz que a necessidade de meios executivos adequados a proporcionar uma integral proteção conduz à exigência de que o juiz, em função de seu poder-dever interprete as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva.⁷⁶⁵

Ademais, ainda na perspectiva de Marcelo Lima Guerra, o juiz deve deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva; e deve ainda adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.⁷⁶⁶

⁷⁶³ MARINONI, **Teoria geral...**, p. 121.

⁷⁶⁴ MARINONI, **Teoria geral...**, p. 121.

⁷⁶⁵ GUERRA, **Direitos fundamentais...**, p. 103.

⁷⁶⁶ GUERRA, **Direitos fundamentais...**, p. 103-104.

Tal perspectiva é devidamente acentuada por Comoglio, para quem o “*diritto ad un’esecuzione effettiva delle sentenza giurisdizionali*” guarda relação com “*un obbligo generalizzato di piena esecuzione dei provvedimenti del giudice, posto a carico dell’intera collettività, ma pure dalla presenza di idonei poteri, attribuiti allo stesso giudice per garantire in ogni caso, quando sia necessario, la maggiore effettività dei mezzi di attuazione esecutiva.*”⁷⁶⁷

No plano da execução na forma específica das obrigações de fazer e não fazer, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que a técnica processual, além de dispor de sentenças e meios executivos adequados, seja flexível e possa se adequar em razão das características dos direitos a serem protegidos. Alude-se, nesse terreno, à exigência de plena eficácia satisfativa da técnica processual, ou seja, a sua “*idoneità differenziata*” para garantir a realização “*coattiva*” daqueles direitos e a necessidade do emprego de formas de atuação específica que conduzam à “*massima coincideza possibile*”.⁷⁶⁸

Com respaldo nesse direito fundamental e seus reflexos na atuação executiva dos direitos, é possível afirmar que, se a imposição da multa coercitiva não é eficaz para compelir a pessoa jurídica ao cumprimento, as condições do caso podem conduzir à necessidade de que o juiz destine a multa para a pessoa física da qual dependa o cumprimento da decisão voltada contra o ente personificado.

Imprimindo solidez a tal argumentação, Marcelo Lima Guerra aduz que o direito fundamental à tutela executiva legitima uma solução para o problema da multa voltada para a pessoa jurídica, que se traduz na “a aplicação da multa diária contra a própria pessoa física, de cuja ação ou omissão depende, diretamente, o cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*.”⁷⁶⁹

No plano da norma processual, tal idéia é completamente viabilizada, de um lado, pela noção de plasticidade do provimento e, de outro, pela exigência de adoção

⁷⁶⁷ COMOGLIO, Principi costituzionali e processo di esecuzione, p. 1586-1587.

⁷⁶⁸ COMOGLIO, Principi costituzionali e processo di esecuzione, p. 1588.

⁷⁶⁹ GUERRA, Direitos fundamentais..., p. 130.

dos meios executivos que se demonstrem idôneos à prestação efetiva da tutela executiva. Nessa perspectiva, Luiz Guilherme Marinoni⁷⁷⁰ afirma que a plasticidade dos provimentos mandamentais e executivo, a possibilidade de concessão do provimento diverso do solicitado e da imposição de meio executivo diferente daquele que não conduziu ao resultado objetivado, deve ser entendida à luz da necessidade de se conferir ao juiz poder suficiente à efetivação da tutela jurisdicional.⁷⁷¹

Aliás, para esse autor “em todos os casos em que a multa for o único meio capaz de conferir a tutela do direito, o seu uso será evidentemente sustentado pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.”⁷⁷²

No que toca especificamente à plasticidade da técnica processual, é forçoso observar que, para a efetivação de provimentos que imponham um fazer, uma abstenção (art. 461) ou a entrega de coisa (art. 461-A), o legislador optou por uma sistemática marcada pela atipicidade dos meios executivos.

Melhor explicando: para a proteção destes direitos, a técnica processual prescreve que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento” (art. 461, caput, CPC), ou, ainda, que “para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias” (art. 461, § 5.º, CPC).

A atipicidade dos meios executivos pode ser captada pela inexistência de pré-fixação de fórmulas legais restritas - como ocorre na sentença condenatória - e,

⁷⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

⁷⁷¹ Recorde-se que o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu que "... ‘el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial.’” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional Espanhol. Recurso de amparo n. 2515/98. STC n. 146/2002. 15 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2002/STC2002-146.html>> Acesso em 12 fev. 2007)

⁷⁷² MARINONI, **Técnica processual**..., p. 215

ademais, está sobremodo vinculada ao poder-dever atribuído ao juiz de adotar, de ofício, “*providências que assegurem o resultado prático*” ou “*medidas necessárias*” que, de fato, tutelem o direito.

A aceitação de que a técnica processual deve estar plenamente integrada ao direito material faz emergir interpretações que alvitrem conceder máxima efetividade às situações substanciais carentes de tutela. Aliás, o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – em sua dimensão objetiva - incide sobre a interpretação da regra processual e sobre o juiz, sobretudo quando se pensa no poder executivo do julgador.

Se a norma de direito fundamental exige que se outorgue proteção jurisdicional adequada, tal orientação valorativa repercute em todo o sistema jurídico e acaba criando um inafastável critério hermenêutico do qual não pode negligenciar o juiz.

Ora, a discricionariedade outorgada pelas regras dos artigos 461, 461-A do CPC e 84 do CDC quando conjugada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva cria um instrumental que permite ao juiz formatar as medidas executivas de acordo com os imperativos do caso concreto.

Assim sendo, na perspectiva do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional, é lícito dizer que incumbe ao juiz, à luz das necessidades do caso concreto, direcionar a multa coercitiva para aquele terceiro que deverá cumprir a ordem endereça à pessoa jurídica, sempre justificando a preferência por tal medida e respeitando as garantias processuais de justiça previstas na Constituição.

7.7 O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Note-se que o art. 461 Código de Processo Civil (e também o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor) não apenas dá ao juiz o poder de ordenar sob pena de multa, com ainda lhe outorga uma ampla margem de poder escolher a modalidade executiva capaz de atender às necessidades do caso concreto, conforme dispõe o art. 461, § 5.º do Código de Processo Civil.

Segundo o magistério de Marinoni, a norma do art. 461 Código de Processo Civil conserva notável relevância não apenas porque a ordem, atrelada à multa, “detém uma elasticidade muito grande, o que a torna passível de adequação a uma ampla variedade de situações concretas”, mas também porque rompe com o princípio da tipicidade dos meios executivos.⁷⁷³

A racionalidade inserida pelo legislador no referido dispositivo outorga ao juiz poderes de lançar mão das medidas necessárias para efetivação da tutela específica do direito, independentemente de requerimento específico da parte⁷⁷⁴.

A tipicidade dos meios executivos, que somente faz sentido no âmbito daqueles direitos tutelados pela sentença condenatória (isto é, direitos que reclamam apenas por tutela ressarcitória pelo equivalente), não tem aptidão para tornar viáveis as formas de tutela oferecidas pelo art. 461 do Código de Processo Civil (p. ex: a tutela inibitória ou a tutela ressarcitória na forma específica).

Aliás, Proto Pisani demonstrou que uma das conseqüências da correlação necessária entre condenação e execução consiste na inaptidão da sentença condenatória para prestar tutela preventiva já que a ela não se conjuga a “*tecnica de*

⁷⁷³ MARINONI, **Tutela inibitória**..., p. 420-421.

⁷⁷⁴ Veja-se a explicação de Marinoni a respeito do tema: “Em outras palavras tal norma dá ao juiz um poder que ele jamais teve, assim tem um impacto sobre as partes completamente distinto daquele que sobre elas recaía à luz do princípio da tipicidade. O § 5.º do art. 461, ao quebrar o princípio da atipicidade institui o princípio da concentração do poder executivo. Além disso, conferiu uma nova dimensão ao direito de ação, que passou a englobar o direito ao meio executivo ao caso concreto”. (MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 118).

measure coercitive”. A sentença condenatória está coligada à execução e esta, por sua vez, “*pressupone che la violazione sia già avvenuta*”.⁷⁷⁵

Importa perceber que, igualmente ao que ocorre no direito italiano, a técnica processual executiva, posta originariamente no Código de Processo Civil, marcada pelo binômio “sentença condenatória - execução forçada”, não foi pensada para viabilizar a tutela específica dos direitos, mas apenas para permitir o alcance da tutela ressarcitória pelo equivalente e da tutela da obrigação contratual inadimplida.⁷⁷⁶

Hodiernamente, todavia, as formas de tutela disponibilizadas pelo art. 461 do Código de Processo Civil exigem um sistema executivo maleável, que concentre o poder executivo nas mãos do juiz.⁷⁷⁷ É justamente por isso que art. 461, § 5.º do Código de Processo Civil enumera um rol meramente exemplificativo de meios executivos (técnicas processuais) das quais pode se valer o órgão jurisdicional para conceder tutela efetiva aos direitos. Entre tais meios executivos, o preceito faz referência novamente à possibilidade de o juiz socorrer-se da multa coercitiva (multa por tempo de atraso).⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ Assim expõe Proto Pisani: “perché la condanna, infatti, possa assolvere anche una funzione preventiva, occorre che la sua attuazione sia garantita non solo attraverso la tecnica della esecuzione forzata (la quale pressupone che la violazione sia già avvenuta) ma anche attraverso la tecnica delle misure coercitive dirette a provocare l’adempimento spontaneo dell’obbligato; anche a tale riguardo à appena il caso di ricordare che le situazioni soggettive a contenuto e/o funzione non patrimoniale necessitano per definizione di forme di tutela che prevengano la violazione, dato che la violazione è sempre causa di un pregiudizio irreparabile (nella misura in cui la tutela per equivalente monetario è per definizione inadeguata): l’instaurazione pertanto di una correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, escludendo che condanna possa assolvere un funzione preventiva, equivale ad affermare che la tutela di condanna è *de iure* e non solo di fatto impotente ad attuare la legge con riferimento propri a quelle situazioni soggettive cui la costituzione riserva un rango superiore.” (PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela di condanna. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1978, p. 1117-1123).

⁷⁷⁶ MARINONI; ARENHART, *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: RT, v. 3, 2007, p. 46.

⁷⁷⁷ Sobre este problema: COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, p. 1581-1604.

⁷⁷⁸ “Na verdade, a possibilidade de fixação de multa, em caso de descumprimento de liminar ou de sentença, independentemente de pedido do autor, já constava do art. 461, § 4.º (que, aliás, continua em vigor). O que se faz no § 5.º foi acrescentá-la aos outros expedientes (métodos) de que o juiz pode se valer para tornar mais vantajoso, aos olhos do réu, cumprir a obrigação *in natura* do que se sujeitar à execução indireta (às conseqüências do não cumprimento das ordens judiciais). WAMBIER; WAMBIER; MEDINA. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 233.

Isso significa que, adstrito ao dever de outorgar tutela adequada ao direito, deve o juiz valer-se de todas as medidas necessárias para concretizar suas decisões.⁷⁷⁹

Diante da amplitude da norma, se a medida idônea par garantir a realização coercitiva do direito é o emprego da multa contra a pessoa física que, dentro da estrutura peculiar da pessoa jurídica, titulariza poderes para cumprir a ordem judicial, não poderá o órgão jurisdicional se furtar de empregá-la.

Encontra-se nas lições de Marcelo Lima Guerra, uma linha de fundamentação profundamente consentânea com o que estabelece a regra processual mencionada. É salutar que se compreenda o raciocínio do processualista:

Ora, a multa diária contra terceiro em processo de execução, de cuja ação ou omissão dependa, diretamente, a obtenção da “tutela específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação”, na terminologia do Código, sendo eficaz para a obtenção dessa mesma tutela específica, à luz de dados da situação concreta, estaria abrangida pela indeterminação daquele dispositivo [art. 461, § 5.º, CPC], vale dizer, estaria incluída nos poderes indeterminados que tal dispositivo legal reconhece ao juiz.⁷⁸⁰

Isso significa que a imposição da multa processual contra os dirigentes da pessoa jurídica, além de se assentar na própria natureza da multa (isto é, valoriza-a enquanto meio de pressão psicológica que deve necessariamente atingir uma vontade humana), encontra arrimo no § 5.º do art. 461 do Código de Processo Civil que, conforme demonstrado, autoriza o juiz a determinar medidas necessárias para a obtenção do resultado prático pretendido.⁷⁸¹ O fundamento de todo esse raciocínio, vincula-se, em última análise, ao poder do magistrado de determinar o meio executivo adequado ao caso concreto, assegurado no § 5.º do art. 461, que expressamente alude às medidas necessárias.

⁷⁷⁹ É, portanto, válida a observação de que, conquanto “o dispositivo legal estabeleça que o juiz ‘poderá’ impor a medida coercitiva referida, não se está diante de ato discricionário do juiz. Presentes as circunstâncias descritas no art. 461 do CPC, o juiz deverá estabelecer a medida executiva que entender adequada.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, Id.)

⁷⁸⁰ GUERRA, Direitos fundamentais..., p. 131.

⁷⁸¹ Veja-se a respeito: GUERRA, op. cit., p. 130.

Aliás, seria absurdo supor que o juiz dotado de poderes de tamanha amplitude e flexibilidade (que inclusive dispensam, para seu emprego, requerimento da parte interessada), verificando a inidoneidade da multa coercitiva dirigida à pessoa jurídica para induzir ao cumprimento da ordem, não estaria autorizado a redirecionar a multa coercitiva para a pessoa natural que corporifica a pessoa jurídica.

7.8 CRITÉRIO DE APLICAÇÃO

Convém saber aqui se o juiz, no emprego da execução através de multa contra a pessoa jurídica deve fazê-lo cominando a sanção imediatamente para a pessoa física responsável ou se tal aplicação só deve ocorrer em um segundo momento, após a constatação de que a multa contra a própria pessoa jurídica não surtiu o efeito almejado. Em outros termos: a multa contra o terceiro responsável pela pessoa jurídica configura um expediente subsidiário ao qual se deve recorrer apenas quando a multa não se revelar eficiente quando voltada para a pessoa jurídica?

Considerando-se a função coercitiva da multa (mecanismo de pressão psicológica) e o dever de outorgar tutela efetiva ao direito que recai sobre o juiz (potencializado pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva), há de se concluir que sua aplicação contra terceiro não deve ser compreendida como mecanismo secundário. Não é necessário, por conseguinte, que se tenha previamente recorrido ao uso da multa contra a pessoa jurídica para daí então fazer com que o mecanismo de coerção patrimonial seja revertido para a pessoa física.

Ao contrário, em todas as situações em que a aplicação da multa para aquele que corporifica a vontade da pessoa jurídica se fizer necessária desde logo, mesmo em antecipação de tutela, deve ser ela assim empregada, independentemente de já se ter havido ou não o descumprimento da ordem judicial.

Nessa ordem de reflexão, poder-se-ia tomar como exemplo o caso em que o juiz tenha prévio conhecimento ou já esteja evidenciado que a pessoa jurídica não

cumprirá o provimento judicial. Poder-se-iam cogitar hipóteses em que a pessoa jurídica, destituída de patrimônio, venha a ignorar o potencial ofensivo da multa ou, ainda, casos em que a pessoa jurídica esteja servindo para obstar que as conseqüências do descumprimento das ordens judiciais recaiam sob a esfera pessoal de seus responsáveis.

É possível, ainda, levar-se em consideração situações em que, em razão da complexidade, da natureza e da urgência do dever imposto, se fizer necessário um lapso temporal mínimo para que o demandado concretize o comando judicial.

De mesma forma que a efetivação do comando judicial no plano fático pode demandar um período mínimo de tempo, é evidentemente possível se deparar com casos em que o cumprimento da decisão se faz indispensável sem mais demora.

Basta pensar, por exemplo, nas hipóteses em que o direito material reclama por tutela inibitória negativa, isto é, por um tipo de tutela jurisdicional que, voltando-se contra o ilícito, veicula ordem de abstenção ao demandado (p.ex.: ordem para que a empresa não emita resíduos poluentes, empresa não exponha produto nocivo à saúde, não viole a propriedade intelectual, etc.), nas quais se cumpre o preceito não levando a efeito o comportamento proibido⁷⁸², ou ainda em relação às ordens que determinam conduta positiva de caráter urgente (p. ex.: ordem determinando que a seguradora de saúde autorize imediatamente a intervenção cirúrgica necessária⁷⁸³ ou ordem para manter a eficácia de contrato de seguro de vida).

Nesses casos, a multa contra a pessoa natural investida nos poderes jurídicos para dar cumprimento à ordem, em face do seu potencial intimidatório, pode ser um expediente de importantíssima utilidade. Todavia, como o conteúdo das prestações ou abstenções impostas tem utilidade instantânea, de nada adianta pensar na utilização

⁷⁸² Escrevendo sobre o tema, Sérgio Cruz Arenhart assim leciona: “Em relação à oportunidade a partir da qual pode ser imposta a multa, tem-se que a tutela inibitória negativa, por sua particularidade, impõe solução bastante particular. Porque tem por objetivo uma abstenção, deve impedir a prática do ato temido. Assim, a multa pode ser imposta desde logo, uma vez praticado o ato temido, objetivando que se desfaçam os efeitos prejudiciais gerados por ele (tutela reintegratória).” (ARENHART, **Perfis...**, p. 367)

⁷⁸³ O exemplo é sugerido por Eduardo Talamini (TALAMINI, op. cit., p. 249).

secundária da multa cominada pessoalmente para o dirigente; portanto, ou se lança mão inicialmente do expediente, ou, possivelmente, após a violação do direito, não haverá mais utilidade prática.

Outra situação em que se faz notória a aplicação imediata da multa contra terceiro pode ser contemplada naqueles casos em que o cumprimento da decisão exige a participação da autoridade pública detentora de competência para a prática do ato ordenado. Como é cediço, certos atos só podem ser praticados pelo agente público competente. Nessas hipóteses, fere a lógica pensar que a multa coercitiva deva ser aplicada à pessoa jurídica de direito público (e, eventualmente, venha onerar os cofres públicos) quando salta aos olhos que é a autoridade quem deve dar atendimento à decisão.

Por essa razão é que, na busca de uma solução para o mesmo problema, Sérgio Cruz Arenhart assim enfoca a questão:

Imagine-se a situação de o Judiciário ordenar a um prefeito certa abstenção ou a prática de uma conduta; a ação certamente será dirigida – salvo em casos excepcionais, como o do mandado de segurança – contra o município, mas atribuir a este a responsabilidade pela multa eventualmente decorrente da inação do prefeito certamente resultará em inócua medida de apoio; em tais casos, muito mais efetivo será impor a sanção ao agente que deva prestar o fato, pois aí sim seu caráter intimidatório aparecerá de modo evidente.⁷⁸⁴

Poder-se-ia ainda postular uma aplicação conjunta do meio coercitivo. Ao exarar o comando, o juiz cominará multa tanto para a pessoa jurídica quanto para a pessoa natural que deve dar cumprimento a ordem judicial. Sem sombra de dúvidas o poder coercitivo da medida seria reforçado, pois, estar-se-ia, simultaneamente, ameaçando o patrimônio da pessoa jurídica demandada, como também induzindo aquele que, de fato, exerce a atividade decisória.

De toda sorte, em qualquer dessas situações, não se pode olvidar que a adequação da técnica de execução por meio de multa depende que se avalie a

⁷⁸⁴ ARENHART, **Perfis...**, p. 357.

capacidade de resistência do demandado. Na hipótese de direcionamento da multa para a esfera pessoa do responsável pelo cumprimento da ordem judicial faz-se indispensável verificar sua capacidade econômica, assim como o custo-benefício que a renitência pode lhe propiciar.

Assim, ao cabo dessas observações, e sem a menor pretensão de exaurir todas as possibilidades em que deve o magistrado desde logo imputar a multa para a pessoa natural investida dos poderes jurídicos para dar execução ao comando judicial, é fundamental perceber que toda a argumentação ora desenvolvida deve ser compreendida à luz da premissa segundo a qual, de um modo geral, quando imposta contra pessoas jurídicas, a multa tende a ser mais eficaz se puder, em função da estrutura peculiar de cada instituição, atingir uma vontade humana.

7.9 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DECISÓRIO E DE CONTROLE DA RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

De fato, há que se reconhecer, diante da complexidade das situações concretas, a impossibilidade de se predeterminar todas aquelas hipóteses em que a sanção pecuniária deve recair sobre a esfera pessoal do terceiro responsável por dar cumprimento a decisão, ao invés da pessoa jurídica que integra a relação processual, ou em que se deve lançar mão de outro meio executivo.

Em verdade, a mesma dificuldade com que se depara no momento em que se pretende aplicar a multa coercitiva contra terceiros, é enfrentada por ocasião da escolha do meio executivo adequado ao caso concreto. Aliás, esse fenômeno é apenas uma consequência de um sistema executivo (arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil) estruturado a partir de mecanismos atípicos de execução. Com isso se quer significar que não existe um prévio procedimento, uma prévia definição de quais atos e

quais fatos deverão ser praticados pelo juiz para compelir o fazer, o não fazer ou a entrega de coisa.⁷⁸⁵⁻⁷⁸⁶

Sob esse enfoque, é mais do que natural a impossibilidade de se pretender prévia e abstratamente estabelecer uma correlação entre o meio executivo e determinada hipótese fática.⁷⁸⁷

Há que se reconhecer, ademais, que duas conseqüências fundamentais emanam da ruptura do dogma da tipicidade das formas executivas. A primeira, conforme tratado, consiste na concentração do poder executivo na figura do juiz; isso significa que, mesmo quando o autor tenha postulado a utilização de determinada técnica processual que reputa idônea para a tutela do direito, o juiz, adstrito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (que recai sobre sua esfera de responsabilidade), tem o poder de, distanciando-se do pedido do autor, empregar a técnica processual que estime verdadeiramente idônea para a proteção da situação subjetiva.⁷⁸⁸

Tome-se como exemplo a situação em que o autor solicita que seja expedida ordem determinando um fazer (sentença mandamental) conjuntamente com a cominação de multa coercitiva. É perfeitamente possível - e aceitável - que o juiz considere, dentro da conjuntura do caso, que os meios de execução direita (técnica executiva) apresentam maior idoneidade para a tutela do direito.

⁷⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: _____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 339.

⁷⁸⁶ Nessa linha, explica-se que “os art. 84 do CDC e 461 do CPC dão ao juiz o poder de determinar, para a prestação da tutela do direito, forma diversa da solicitada, assim como meio executivo diferente do requerido. Tal possibilidade está expressa nesses artigos, pois eles dão ao juiz o poder de conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, assim como o de impor multa e determinar qualquer outra medida executiva necessária, ainda que nenhum outro meio de execução tenha sido requerido.” (MARINONI, **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, p. 374).

⁷⁸⁷ Sob pena de se reconduzir o sistema executivo do art. 461, 461-A do CPC e do art. 84 do CDC para algo semelhante à correlação necessária entre sentença condenatória e execução forçada.

⁷⁸⁸ Afigura-se aí o que Marinoni denomina mitigação do princípio da congruência (ou adstrição) entre o pedido e a sentença. Cf.: MARINONI, **Técnica processual...**, p. 134 et seq.

Estando claro isso, a segunda consequência que, por sua vez, decorre da primeira, reside na particularidade de que a esfera jurídica do demandado pode ser invadida por meio executivo não previsto. Trata-se aqui, com efeito, da percepção de que o processo não poderia prover tutela aos diferenciados direitos, muitos deles de conteúdo não patrimonial, mediante fórmulas estanques, totalmente divorciadas das singularidades do direito material. Como explica Salvatore Mazzamuto, o princípio da tipicidade das formas executivas revelava a “*esigenza di garantire l’intangibilità della sfera di autonomia dell’obbligato al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.*”⁷⁸⁹

Gradativamente, compreendeu-se que o princípio da tipicidade das formas executivas, comprometido com os ideais do liberalismo, engessava a atividade do juiz diante de uma ampla gama de situações substanciais carentes de tutela.⁷⁹⁰

Hoje, especialmente em função do redimensionamento do direito de ação à luz da matriz do constitucionalismo contemporâneo, e das disposições constantes no art. 461 do Código de Processo Civil e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, outorga-se ao juiz o poder de empregar a forma executiva e o meio executivo adequados à tutela do direito.

Contudo, não há como se cogitar que a modulação da técnica processual (forma e meio executivo) apta a tutelar determinada situação substancial seja promovida tão-só à luz do direito de ação, prescindindo dos interesses do demandado (seja ele parte na relação processual ou terceiro). É mister que, ao se por em foco a efetividade da tutela jurisdicional, seja levada em conta a esfera jurídica do demandado, bem como a do terceiro que poderá ser atingido pela ordem judicial.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ MAZZAMUTO, Salvatore. **L’attuazione degli obblighi di fare**. Napoli: Jovene, 1978, p. 147.

⁷⁹⁰ MARINONI, **Tutela inibitória**..., p. 229.

⁷⁹¹ Sensível a tal particularidade, Sérgio Cruz Arenhart argumenta que “o arcabouço de princípios constitucionais que norteiam a atividade judicial impõe a preocupação com participação dos sujeitos – especialmente daqueles que podem ser atingidos com o ato jurisdicional – no processo do qual surgirá a decisão do Estado.” (ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, p. 952).

Por isso Arenhart obtempera sobre a necessidade de se harmonizar a aspiração de se estender a todos o comando judicial (impulsionada pela busca da efetividade) com as garantias fundamentais do processo, as quais obstam que o Estado interfira na esfera individual sem conferir ao jurisdicionado o direito de participação no processo de tomada de decisão.⁷⁹² Nessa mesma linha de argumentação, Marcelo Lima Guerra argumenta que a permissão outorgada pelo art. 461, § 5.º do CPC ao juiz para “fixar os meios executivos (sub-rogatórios e coercitivos) mais adequados à situação concreta não significa, de forma alguma, sustentar que esse mesmo dispositivo legal autorize o juiz a agir sem restrições.”⁷⁹³

É dentro desse quadro de constatações que se insere a observação de Marinoni no sentido de que “a legitimidade da forma e do meio executivo para a prestação da tutela jurisdicional depende da consideração dos direitos de ação e defesa em só tempo.”⁷⁹⁴ Por sua vez, a equponderância entre os direitos de ação e defesa, notadamente no plano da aplicação das medidas coercitivas, exige que se recorra ao princípio da proporcionalidade.

É que o princípio da proporcionalidade, em sua multifuncionalidade, presta-se como instrumental teórico no momento da ponderação entre os meios executivos disponibilizados e funciona também como proibição do arbítrio, ao analisar a conveniência do meio executivo proposto em relação aos fins a serem atingidos.⁷⁹⁵

⁷⁹² ARENHART, Id.

⁷⁹³ GUERRA, **Execução indireta**, p. 166.

⁷⁹⁴ MARINONI, **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**, p. 375.

⁷⁹⁵ Escrevendo sobre o tema, assim expôs Humberto Ávila: “Diante do exposto, pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.” (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, jan/mar 1999, p. 175)

Canotilho e Moreira asseveram que o princípio da proporcionalidade busca evitar “nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134)

Nesse contexto, Luiz Guilherme Marinoni apregoa que a utilização do princípio da proporcionalidade e de suas sub-regras “tem estreita relação com os poderes de execução que foram concedidos ao juiz por meio dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, e especialmente a utilização de multa. A possibilidade da utilização da multa permite a adequação da tutela jurisdicional a cada caso conflitivo concreto, o que sempre foi inadmitido pelo processo civil clássico.”⁷⁹⁶

A relevância do princípio da proporcionalidade consiste em obstar que a imposição de um fazer ou de um não fazer que possa provocar na esfera jurídica do ordenado uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela.⁷⁹⁷ A bem da verdade, nesse particular, o princípio da proporcionalidade funciona como um instrumento concretizador do princípio da concordância prática (ou da harmonização). Sobre esse princípio, merece referência a explicação de Clève e Freire:

...o princípio da concordância prática ou da harmonização, que tem por fim a finalidade de imprimir aos conflitos entre os bens jurídicos soluções de coordenação e combinação, afastando a possibilidade de ocorrência de sacrifícios de uns em relação aos outros. (...) No exercício da concordância prática deve-se evitar ao máximo soluções que importem excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito.⁷⁹⁸

No terreno da decisão judicial relativa ao manejo da multa coercitiva, tal critério hermenêutico, exige que a sanção pecuniária seja imposta de forma a conciliar a necessidade de alcançar a tutela do direito e o menor sacrifício da esfera jurídica do demandado.

⁷⁹⁶ E continua o autor: “Na época...execução.” (**Tutela inibitória...**, p. 152)

⁷⁹⁷ Como explica Bonavides: “Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre o antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí a solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 386-387)

⁷⁹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre a colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237.

Por isso é que a opção pela multa contra terceiros, assim como ocorre, a rigor, com a escolha do meio executivo adequado ao caso concreto pelo juiz, deve resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade e das suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

De acordo com a regra da adequação, os meios empregados devem ser compatíveis com os fins adotados. Esse princípio vai exigir que o meio executivo aplicável seja pertinente à situação que pretende regular.⁷⁹⁹ Compreende-se que a adequação corresponde à “*legitimidade* para atingir a tutela.”⁸⁰⁰

A sub-regra da necessidade se bifurca na noção de meio idôneo e da menor restrição possível. Assim, o meio empregado deve ser, em termos de eficácia, apropriado para a realização do fim desejado e causar o menor prejuízo. Quando meio escolhido for um instrumento menos danoso e pelo menos tão eficiente quanto os outros meios disponíveis para o fim desejado, deve ser ele empregado para dar tutela ao direito do autor.

A sub-regra de necessidade vai, portanto, exigir que o meio menos prejudicial seja empregado. De acordo com Guerra, esse princípio exige a “avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. Segundo esse princípio, portanto, o empregado de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado e, havendo mais de uma meio, dentro do *faticamente* possível, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos.”⁸⁰¹

⁷⁹⁹ “O princípio da adequação determina, dentro do *faticamente* possível, o meio eleito para atingir o fim estabelecido, mostrando-se apto e apropriado.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre a colisão de direito fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238).

⁸⁰⁰ MARINONI, **Técnica processual**..., p. 138.

⁸⁰¹ GUERRA, **Execução indireta**, p. 175. É preciso recordar, nessa ordem de idéias, que, para Alexy, os princípios são mandados de otimização. Por essa razão, reclamam eles sua máxima realização, em todos os aspectos. Nesse horizonte, se dois meios apresentam idoneidade para atingir determinada finalidade, deve ser adotado aquele que prejudique em menor medida menos outros princípios.

A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito “impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.”⁸⁰²

Explicam Clève e Freire que: “O princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.”⁸⁰³

Alinhavadas essas noções, o recurso ao princípio da proporcionalidade, como critério balizador da decisão judicial relativa ao cabimento da multa contra o terceiro responsável pelo cumprimento da decisão judicial, deve permitir que o juiz avalie as seguintes diretivas:

a) à luz da sub-regra da adequação, faz-se mister que a utilização da multa contra o terceiro que corporifica a vontade da pessoa jurídica seja o meio mais apto e apropriado para conduzir ao cumprimento da ordem judicial e, por conseguinte, para propiciar a tutela específica do direito;

b) à luz da sub-regra da necessidade, é necessário que o emprego da multa coercitiva contra o terceiro responsável pelo cumprimento da ordem se revele o instrumento menos prejudicial e pelo menos tão eficiente quanto os outros meios executivos disponíveis para tutela específica do direito;

c) de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o sacrifício decorrente da cominação da multa coercitiva ao terceiro responsável pelo cumprimento da ordem deve estar em relação devidamente sopesada e ponderada com a legítima finalidade perseguida. Em outros termos, como há uma limitação ao direito

⁸⁰² GUERRA, **Direitos fundamentais...**, p. 92.

⁸⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre a colisão de direito fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238

desse terceiro é imprescindível que se avaliem as vantagens e desvantagens ocasionadas com essa restrição do direito, sopesando-as com a proteção outorgada ao direito de ação.

É importante perceber que a pertinência das considerações ora expendidas não se restringem apenas ao plano decisório, vale dizer, a funcionalidade do princípio da proporcionalidade não se confina a ser um mero critério orientativo da atividade decisória do juiz. Para além disso, este princípio, em sua multifuncionalidade, opera como um insofismável critério de controle da racionalidade das decisões.

Resgatando o raciocínio desenvolvido por ocasião do estudo do cabimento da multa coercitiva, é importante lembrar que a idéia da onipresença de uma Constituição de princípios e regras tem repercussão direta em relação ao papel dos Poderes do Estado e suas funções no plano jurídico-político.⁸⁰⁴ Faz-se referência, nesse ponto, à denominada onipotência do juiz uma vez que há a prevalência deste último apoiado na Constituição em detrimento à autonomia do legislador democrático.

Com a noção de onipotência do Poder Judiciário, pretende-se significar que, sendo a Constituição uma norma presente em todos os tipos de conflitos e sendo todos esses passíveis de solução judicial, o legislador perde sua autonomia.

No âmbito do paradigma positivista, estruturador do Estado Legislativo, a Constituição tinha como objetivo preponderante a regulação das fontes do Direito ou, em alguns casos, estabelecia determinados direitos fundamentais (essencialmente direitos de defesa). Por conseguinte, a aplicação da normativa Constitucional pelo Poder Judiciário só seria levada a efeito quando se violasse alguma condição procedimental de produção normativa ou quando houvesse a ingerência do Estado na esfera jurídica do cidadão.

⁸⁰⁴ Conforme explica Prieto Sanchis “cada dia es más evidente que los Tribunales Constitucionales ya no se conforman con ser ‘legisladores negativos’, lo que no sería poco frente al estricto legalismo, sino que además eventualmente asumen una función positiva o creadora (...).” (SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**, p. 36)

Há uma profunda alteração desse quadro pois - conforme explica Pietro Sanchís-, “*en la medida que a Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía.*”⁸⁰⁵

Por isso torna-se coerente a afirmação segundo a qual a lei perde sua soberania em favor de uma instância mais alta, a Constituição. ⁸⁰⁶ Emerge desse fator uma questão de inafastável importância: a perda de autonomia do legislador em detrimento do Poder Judiciário.

Esse fenômeno reflete-se diretamente no plano processual: as formas e meios executivos taxativamente preordenados em lei deram a lugar ao princípio da atipicidade dos meios executivos e, por via de consequência, surgiu a necessidade de cláusulas processuais abertas. As normas processuais abertas – como é o caso do art. 461 do Código de Processo Civil – “decorrem da aceitação da idéia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos.”⁸⁰⁷

Por essa razão é que, segundo Marinoni, as normas processuais abertas, além de transmitirem maior poder para utilização dos mecanismos processuais, concedem ao órgão jurisdicional “o dever de demonstrar a idoneidade do seu uso em vista da obviedade de que todo poder deve ser exercido de maneira legítima.”⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ SANCHÍS, Ibid., p. 133. “Porque la Constitución es una norma, y una norma que está presente em todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del Derecho o, a lo sumo, estableciese unos pocos y precisos derechos fundamentales, pues ent al caso la normativa constitucional y, por conseguinte, su garantía judicial sólo entrarían en juego cuando se violasse alguna condición de la producción normativa o se restringiera a alguna de las áreas de inmunidade garantizada.” (SANCHÍS, Ibid., p. 132)

⁸⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado del derecho. In: CARBONEL, Miguel (org.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.18.

⁸⁰⁷ MARINONI, **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 117.

⁸⁰⁸ MARINONI, **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 117.

É aí que entra em funcionamento o princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da racionalidade das decisões proferidas por meio da ponderação. Esse instrumental revela sua funcionalidade no âmbito da escolha da técnica processual adequada ao caso concreto, como é o caso da multa coercitiva e, nos termos do que ora se sustenta, na aplicação da medida coercitiva contra o terceiro responsável por dar atendimento ao comando judicial.

Tenha-se presente, na linha do que expõe Prieto Sanhcis, que

la argumentacion del Derecho constituye una exigencia de legitimidad; motivar equivale a justificar el por qué de una decisión, y es un llamamiento a sua aceptación por los demás. (...) la aplicación del Derecho es por la naturaleza una actividade justificadora que requiere y ha de apoyarse em razones y formas argumentativas que non son 'especiales', sino que remiten a una racionalidade práctica general; la tarea justificadora requiere igualdad y universalidde, es decir, requiere un género de razonamiento que pueder ser pronunciado ante cualqueira y sin necesidad de recurrir a la coacción o a la mera autoridad.

Sob esse enfoque, a decisão do juiz em relação à incidência da multa na esfera do terceiro detentor de poderes para cumprir à ordem destinada à pessoa jurídica só encontra legitimidade caso se pautar pela justificação racional formulada à luz do princípio da proporcionalidade.

Isso porque, conforme demonstrado, o princípio da proporcionalidade funciona com um critério de justificação da decisão do juiz quanto ao cabimento e a escolha da medida coercitiva.⁸⁰⁹

Por tudo o que disse, é possível concluir que a fundamentação realizada segundo o princípio da proporcionalidade e suas sub-regras permite, de um lado, que o juiz possa aquilatar o cabimento da multa processual no caso concreto (assim como a pertinência de qualquer outro meio executivo), de outra banda, viabiliza um meio

⁸⁰⁹ GUERRA, **Execução indireta**, p. 178.

através do qual as partes possam controlar a racionalidade da decisão do juiz à luz da argumentação por este apresentada.⁸¹⁰

7.10 GARANTIAS PROCESSUAIS

A legitimidade das decisões judiciais pressupõe um procedimento em contraditório, com a possibilidade de participação dos interessados e com as garantias inerentes ao devido processo legal. A decisão que dirige a sanção coercitiva para terceiro (capaz de dar atendimento à decisão judicial) submete-se a esse mesmo regime.

Ora, como a multa representa, ainda que potencialmente, uma medida tendente a invadir a esfera jurídica de terceiro - o qual, em tese, não teve condições de participar ou influenciar na decisão - não é correto aceitar que este possa ser prejudicado pela decisão sem que tenha a oportunidade de se insurgir contra ela.⁸¹¹

Tendo isso como certo, o que mais interessa aqui é saber qual a extensão dessa participação. A decisão que dirige a ordem atrelada à multa para terceiros deve pressupor a irrestrita participação deste no processo?

Sérgio Cruz Arenhart sustenta que não. Para ele, a extensão do contraditório admitido ao terceiro guarda estrita relação com sua condição no processo. Sob esse enfoque, o terceiro interessado é tratado como parte, tendo, pois, ampla legitimidade para discutir o mérito da demanda e participar na instrução do processo. Por sua vez, o terceiro indiferente “apenas intervém para manifestar suas razões *em relação ao comando que é imposto a ele e que lhe prejudica*”.⁸¹²

⁸¹⁰ Escrevendo sobre o tema Marinoni conclui que “a proporcionalidade é a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto.” (MARINONI, **Técnica processual...**, p. 137)

⁸¹¹ É o que expressa Marcelo Lima Guerra: “Nessa ordem de idéias, impõe-se reconhecer que a imposição da multa diária ao agente, como medida invasiva que é da sua esfera jurídica, deve ser fruto de uma autêntica e adequada ‘seqüência de atos em contraditório (=processo)’, de forma a atender ao imperativo constitucional do devido processo legal.” (GUERRA, *op. cit.*, p. 133)

⁸¹² ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais..., p. 985-986.

Merece menção o fato de que esse entendimento harmoniza-se, por exemplo, com o que sucede no caso de aplicação dos meios executivos do *contempt of court*. Nesse sistema, aqueles terceiros que são atingidos pela *injunction* - entre os quais se encontram os dirigentes e funcionários da pessoa jurídica, conforme tratado anteriormente -, têm o direito de participação restrito à comprovação de que não violaram a ordem judicial ou que não dispõem de condições ou poderes para cumprir e, portanto, não devem ser considerados em *contempt of court*.⁸¹³

Por isso, é correto compreender que os terceiros responsáveis pela parte - isto é, os terceiros que deverão cumprir as determinações judiciais (administrador, agente, diretor, funcionário da pessoa jurídica), devem ser admitidos a se defender no processo no limite de seus interesses.

Pode ocorrer, no entanto, que, sob certas circunstâncias, seja necessário que a ordem mandamental seja veiculada antes mesmo de se oportunizar a participação desse terceiro que terá sua esfera ameaçada pela incidência da multa por descumprimento. Basta pensar, por exemplo, em uma decisão liminar que, antecipando os efeitos da tutela, determina que a sociedade empresária interrompa a comercialização de produtos impróprios para o consumo, sob pena de multa para a empresa e para seu diretor.

Essa hipótese, que é muito freqüente, justifica-se diante do bem jurídico que demanda por tutela. Por isso, há razão Cassio Scarpinella Bueno em afirmar que respeitar adequadamente “o contraditório e o ‘devido processo legal’ não é gerar ineficácia dos direitos reconhecidos pela lei e pelo juiz; é seguir um trâmite em que ambos os interessados (credor e devedor) possam ser ouvidos na medida de seus direitos.”⁸¹⁴

⁸¹³ KOWALSKI, Leonhard J.; MACCARTY, Dawn F. **Contempt of court bench book**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000, p. 29. No âmbito jurisprudencial: Chicago Truck Drivers Union Pension Fund v. Bhd. Labor Leasing, 207 F.3d 500 (8th Cir. 2000).

⁸¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: _____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 322.

É de se admitir, portanto, à luz das necessidades do direito material em jogo, que a colisão do contraditório com outras garantias conduza a uma restrição daquele em face destas. Veja-se, a propósito, a observação de Arenhart: “A convivência, no processo, de distintas garantias – sendo apenas a uma delas a do contraditório – pode autorizar, em determinados casos, a sobreposição desse princípio por outro, impondo ao terceiro a efetivação da ordem, mesmo antes de poder opor-se a ela.”⁸¹⁵ Assim, pondera o autor:

Deveras, é inegável que adiar o direito do prejudicado (pela ordem judicial) em apresentar suas razões constitui ofensa à garantia de contraditório. Este direito, afinal, não pode ser apenas entendido como prerrogativa de ser ouvido perante o tribunal, mas merece ser considerado como a oportunidade de, concretamente, influir na decisão judicial que possa atingir seus interesses. Há, portanto, indiscutível ofensa ao princípio do contraditório com sua postecipação no processo. Todavia, a garantia do contraditório não é a única existente no ordenamento nacional. Outros interesses relevantes há dignos de mesma proteção e *status* na ordem brasileira. Se alguma dessas outras garantias se põe, em dada situação concreta, em antagonismo com as exigências do contraditório, dá-se a colisão (aparente) de garantias fundamentais, que deve ser resolvida pelos métodos hermenêuticos conhecidos, dentre os quais sobreleva a ponderação de interesses.⁸¹⁶

Ainda de acordo com esse autor, um critério idôneo para legitimar o afastamento da possibilidade de prévia manifestação de terceiro em face do provimento judicial é encontrado nas regras que orientam a concessão de tutela de urgência. Sob esse enfoque, toda vez que a ciência do réu puder tornar sem efeito a medida, assim como na situação de premência, a fim de evitar um prejuízo irreparável, poderá o juiz prostrar a oportunidade de manifestação do terceiro e dirigir-lhe a ordem a ser cumprida.⁸¹⁷

⁸¹⁵ ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais..., p. 987.

⁸¹⁶ ARENHART, A efetivação de provimentos judiciais..., p. 989.

⁸¹⁷ A esse respeito, cite-se: “Os conceitos de ampla defesa e de contraditório devem ser construídos a partir dos valores das épocas. Quando a preocupação do direito se centrava na defesa da liberdade do cidadão diante do Estado, a uniformidade procedimental e as formas possuíam grande importância para o demandado. Nesse sentido, a rigidez dos conceitos de ampla defesa e contraditório assumiam função vital para o réu. Entretanto, como não poderia deixar de ser, a ampla defesa e o contraditório eram vistos como garantias em relação ao Estado, e não como elementos que, quando conjugados, podem viabilizar a formação de procedimentos adequados às necessidades das diferentes situações de direito substancial, não se pensava na possibilidade de concessão da tutela do direito

Por isso é que deve prevalecer a idéia de que “o contraditório poder ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos.”⁸¹⁸

Diante disso, a conclusão não pode ser outra senão a de que, sob certas circunstâncias, e em atenção à exigência de se outorgar efetiva proteção ao direito material direito envolvido, o emprego do meio executivo em face do terceiro capaz de dar atendimento à decisão judicial pode ser realizado sem que tenha havido sua prévia participação.

7.11 EXECUÇÃO POR MEIO DE MULTA CONTRA O PODER PÚBLICO

Em ensaio publicado na *European Law Review*, Beate Rudolf abordou o tema da execução de ordens judiciais contra autoridades públicas numa perspectiva histórica.

A análise ali empreendida permite, sobretudo, identificar o motivo pelo qual, por muito tempo, se resistiu à possibilidade de se executar ordens contra as autoridades públicas.

Rudolf explica que durante o século XIX e começo do século XX, a doutrina alemã foi profundamente influenciada por juristas franceses como Edouard Laferrière, Gaston Jèze e Henry Berthélemy.⁸¹⁹

mediante a postecipação da defesa, do contraditório ou da produção da prova. O equívoco de estudar a ampla defesa sem considerar a diferença dos bens jurídicos tutelados pelo processo e, principalmente, a não percepção de que a defesa deve ser pensada de maneira diferenciada nos processos civil e penal, fizeram surgir um processo civil insensível não só para o fato de que determinados bens não podem ser tutelados de maneira adequada através do procedimento ordinário, como também para a obviedade de que o tempo do processo deve ser distribuído de forma isonômica entre os litigantes. Para concluir, basta sublinhar que a ampla defesa e o contraditório, na época do direito liberal clássico, eram pensados de maneira rígida, pois constituíam garantias de liberdade contra o arbítrio do juiz, enquanto que, no Estado contemporâneo, assumiram conformação elástica, por terem passado a servir para a modelação de procedimentos adequados à tutela das novas realidades. (MARINONI, *Técnica...*, p.46-47)

⁸¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 186.

⁸¹⁹ RUDOLF, Beate. The enforcement of judgments against public authorities in the Federal Republic of Germany. **European Public Law**, v. 7, n. 2, jun. 2001, p. 261.

Esses doutrinadores rejeitavam integralmente a idéia de que as ordens judiciais devessem ou pudessem ser executadas contra o Estado. Assentados na teoria da separação dos Poderes, tais juristas não admitiam que o Poder Judiciário viesse a impor ordens contra o Poder Executivo.

Rudolf explica que Otto Mayer, considerado o pai do direito administrativo germânico, foi o responsável por inserir a postura francesa no âmbito do direito alemão. A tese de Otto Mayer funda-se no raciocínio que é absurdo pensar que o Estado, o “lar da lei”, pudesse ser forçado, em nome da lei, a obedecer à lei. A par disso, Otto Mayer enxergava na possibilidade de execução de decisões judiciais contra o Poder Público como uma forma de afronta à dignidade e ao próprio direito do Estado.⁸²⁰

Tenha-se presente que os juristas franceses defendiam a impossibilidade de execução contra o Poder Executivo com base na doutrina da separação dos Poderes. Mayer, por sua vez, fundamentou a impossibilidade da execução de ordens contra autoridades públicas com base na teoria da “unidade do Estado”.

A influência de Otto Mayer foi profunda no pensamento alemão. Basta pensar que um dos mais expressivos nomes do direito público, Walter Jellinek, cuja influência no direito brasileiro é notória, concluiu, conformadamente, que a impossibilidade de execução de decisões judiciais contra as autoridades públicas reflete o limite inerente a qualquer ordenamento jurídico.⁸²¹

Essa perspectiva, por muito tempo predominante no direito francês e alemão, apenas passou a ser criticada no contexto do Estado de Direito do pós-guerra. A principal objeção dirigida a essa noção assenta-se fundamentalmente no conceito de *Rechtsstaat* (Estado de Direito) e no princípio segundo o qual a Constituição deve garantir a todos os cidadãos, indistintamente, efetiva proteção contra atos praticados pelas autoridades públicas.

⁸²⁰ RUDOLF, Ibid., p. 261.

⁸²¹ RUDOLF, The enforcement of judgments against public authorities..., p. 262.

Hans Peter Ipsen, mencionado por Beate Rudolf, assevera que no Estado de Direito o poder atribuído ao Judiciário só tem sentido caso suas decisões possam ser concretizadas. Ipsen cita, como exemplo, a decisão que declara o ato administrativo ilegal e ordena que a Administração desfaça conseqüências do ato inquinado (*Folgenbeseitigungsanspruch*).⁸²²

É nesse quadro que Otto Bachof, examinando o artigo da Lei Fundamental Alemã que alberga a garantia de efetiva proteção contra o Estado (art. 19, inciso 4), concluiu que a primazia dessa disposição torna inválida qualquer norma que tencione limitar a execução de decisões contra o Estado.

Aliás, Bachof dirige severas críticas à postura de Otto Mayer no sentido de que é equivocado colocar a vontade abstrata do Estado no mesmo nível da vontade concreta daquele que age pelo Estado. Bachof demonstra, portanto, que, muito embora o Estado em si seja um ente abstrato, os que atuam em nome do Estado têm vontade concreta.

Entende-se, por conseguinte, que, através da execução de decisões judiciais contra autoridades públicas, um instrumento do Estado (Poder Judiciário) está compelindo outro instrumento do Estado (Poder Executivo), por conta de um quadro de recalcitrância e com a finalidade específica de restaurar a legalidade.⁸²³

De acordo com Bachof, é a autoridade pública recalcitrante quem põe em risco a dignidade e a autoridade do Estado, e não a atuação executiva da decisão judicial que se volta contra o Estado.⁸²⁴

Indiscutivelmente, uma das principais contribuições de Bachof, nesse âmbito de discussão, consistiu justamente em demonstrar que, quando se executa uma ordem contra a autoridade pública o que se pretende, sobretudo, é estabelecer o princípio da legalidade e não subvertê-lo; ademais, a execução de ordens contra a autoridade pública é tão-só conseqüência da cláusula que garante a “*effective judicial protection*.”

⁸²² RUDOLF, *Ibid.*, p. 263.

⁸²³ RUDOLF, *Ibid.*, p. 263.

⁸²⁴ RUDOLF, *Ibid.*, p. 263.

Por isso é que, na experiência alemã, assim como na maioria dos Estados Constitucionais, prevalece a expectativa de que as autoridades públicas submetam-se à lei. No direito alemão essa expectativa funda-se no art. 20, inciso 3, da Lei Fundamental.⁸²⁵ De acordo esse dispositivo, “*all executive power – from central government to the lowest administrative authority – is ‘bound to the statutes and the the law’ (‘an Gesetz und Recht gebunden’)*.”⁸²⁶

No direito brasileiro, por sua vez, o princípio da legalidade “está radicado especificamente nos arts. 5.º, II, 37 e 84, IV da Constituição Federal.”⁸²⁷

A propósito do tema, Celso Antonio Bandeira de Mello explica que o princípio da legalidade é o resultado da submissão do Estado à lei; é “a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”⁸²⁸

Nesse passo é relevante notar que, como a força das decisões judiciais funda-se na lei, a autoridade administrativa que se opõe ao cumprimento da decisão judicial ultrapassa os limites estabelecidos pela própria Constituição.⁸²⁹

Escrevendo sobre o tema, Sérgio Cruz Arenhart traça considerações que não podem ser negligenciadas:

De início, deve-se notar – fato, porém, aparentemente desconsiderado pela prática da litigância contra o Poder Público – que está diante de uma ordem que envolve órgãos vinculados a uma mesma estrutura (o juiz que expede e a autoridade a quem é dirigida), o que faz presumir sua legitimidade e cumprimento pronto e indiscutível. De outro lado, considerando que os agentes públicos estão presos ao princípio da estrita legalidade – tomando-se como premissa a presunção de legalidade dos atos estatais, aí incluídos os atos

⁸²⁵ RUDOLF, *Ibid.*, p. 265.

⁸²⁶ RUDOLF, *Ibid.*, p. 265

⁸²⁷ MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 . ed. São Paulo Malheiros: 2002, p. 83.

⁸²⁸ MELLO, *Id.*

⁸²⁹ O que é completamente compreensível na medida em que o princípio da legalidade remete à idéia de “completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.” (MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 . ed. São Paulo Malheiros: 2002, p. 84).

do Judiciário – é de se concluir que, ao menos em princípio, devem os órgãos públicos dar imediata efetivação à determinação judicial, ainda que o Estado (ou ente paraestatal) não seja parte na demanda judicial da qual o comando provém.

Por isso é que, hodiernamente, não se nega a possibilidade da execução de decisões judiciais contra autoridades públicas; ao menos nos Estados Democráticos de Direito. No direito constitucional alemão, a relação entre o princípio do *Rechtsstaat* e a garantia individual de “*effective judicial protection*” permite concluir que, por intermédio da execução de ordens contra a autoridade administrativa, o cidadão não só persegue direitos individuais, mas também faz preservar o interesse coletivo.⁸³⁰

Por isso é que nas execuções de deveres de não fazer voltadas contra o Poder Público, que seguem o rito do *BGB*, admite-se, inclusive, que a prisão coercitiva (*Ordnungshaft*) seja empregada contra a autoridade renitente.⁸³¹

Do ponto de vista normativo, o cenário brasileiro não é distinto. A conjugação do princípio da legalidade ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva permite que as decisões judiciais sejam executadas contra o Poder Público. Ao lado disso, o ordenamento nacional contempla meios executivos de coerção direta e indireta assim como no sistema alemão.

O que se vê, no entanto, é que, sob o manto da personificação jurídica, muitas das ordens judiciais dirigidas ao Poder Público, em especial aquelas encerram comandos de fazer e de não fazer e que, a rigor, dependem da execução por meio de multa, não encontram efetiva operacionalidade,⁸³² na medida em que este meio executivo, ao invés de ser endereçado ao agente público responsável por dar atendimento à decisão judicial, é aplicado contra o ente estatal exclusivamente.

O grande problema na seara da execução por meio de multa, conforme acentuado por Marinoni, é que, como esta tem por finalidade compelir o réu a cumprir,

⁸³⁰ RUDOLF, op. cit., p. 266.

⁸³¹ RUDOLF, op. cit., p. 271.

⁸³² Nesse sentido: GUERRA, *Direitos fundamentais...*, p. 197.

“sua efetividade depende da sua capacidade de intimidação e, assim, somente pode incidir *sobre uma vontade*.”⁸³³ Nesse passo, assevera o autor:

Caso a multa incidir sobre a pessoa jurídica de direito público, apenas o seu patrimônio poderá não responder pelo não-cumprimento da decisão. Entretanto, não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, *se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público*. Se a pessoa física exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo *se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional*.⁸³⁴

Marcelo Lima Guerra, apontando para a mesma dificuldade, assinala que,

em se tratando de pessoa jurídica de direito público ou mesmo de direito privado, mas dotada de alto grau de ‘impessoalidade’, como uma sociedade anônima, percebe-se logo que é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer efetiva pressão psicológica sobre a vontade daquela específica pessoa física responsável direto pelo cumprimento da prestação de vida. Daí a inoperância dessa medida quando utilizada contra tais pessoas jurídicas, sobretudo de direito público.⁸³⁵

É lícito, a fim de reverter esse quadro de inoperância, recorrer à distinção de Otto Bachof entre a vontade abstrata do Estado e a vontade concreta daquele que age pelo Estado, para daí então fazer derivar o seguinte raciocínio: se o Estado, enquanto vontade abstrata, expressa-se por intermédio da vontade concreta de seus agentes⁸³⁶, não há sentido em considerá-los indiferentes quando ao cumprimento da decisão judicial. Não se pode ignorar que a decisão proferida contra o Poder Público só poderá ser efetivada se contar com a participação do agente público⁸³⁷. A concretização da

⁸³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 662.

⁸³⁴ MARINONI, **Técnica...**, p. 662.

⁸³⁵ GUERRA, **Direitos fundamentais...**, p. 130.

⁸³⁶ Veja-se a lição de Bandeira de Mello: “Em suma: a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se): são constituídas *na e pela* vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.” (MELLO, op. cit., p. 122).

⁸³⁷ Assim expõe Dinamarco em relação ao mandado de segurança: “Não se trata de executar contra o Estado, pois isso é tecnicamente impossível. Mas de ‘executar’ sobre o funcionário que, recebendo comandos judiciais para a realização de certos atos, negue-se a fazê-lo.” (DINAMARCO,

decisão judicial – e, por conseguinte, a tutela do direito postulada pelo autor – só pode ser alcançada mediante a participação dos responsáveis pela pessoa jurídica.

Portanto, de acordo com Marinoni, não há coerência na alegação de que a autoridade pública não pode ser constrangida a pagar multa derivada de ação em foi parte apenas a pessoa jurídica.

Em verdade, a tese de que a multa direcionada contra a autoridade pública violaria o direito de terceiro fere a lógica na medida em que parte da premissa que a autoridade relutante é vítima da multa. Não se trata disso, como é óbvio.

Quando o juiz comina multa à autoridade pública capaz de dar cumprimento à decisão judicial o que se pretende é justamente prestar tutela ao direito do autor mediante o constrangimento da vontade da autoridade.

A única violação que se poderia vislumbrar nessa hipótese é, com efeito, aquela cometida pela agente recalcitrante, que, ao opor-se à ordem judicial, nega ao jurisdicionado a proteção que próprio Estado obrigou-se a outorgar.

Por isso é que Hugo de Brito Machado nega que o próprio Estado possa praticar ato atentatório ao exercício da jurisdição por descumprir ordens; quem obstrui a perfeita concretização das ordens judiciais é o agente. Confira-se:

Não é razoável, pois sustentar-se que, sendo o Estado responsável pela prestação jurisdicional, cuja prestação lhe cabe preservar, tutelando e defendendo o interesse público primário, possa, ele próprio, cometer um ato atentatório à dignidade da jurisdição. Quem comete esse *ato* na verdade é o servidor público que não está realmente preparado para o desempenho de suas atribuições em um Estado de Direito. A este, portanto, cabe suportar a sanção correspondente.⁸³⁸

A decisão judicial que faz o meio executivo recair sobre a esfera da autoridade pública, em caráter pessoal, não viola o direito de terceiro (da autoridade

Cândido Rangel. Execução de liminar em mandado de segurança- desobediência – meios para efetivação de liminar. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 200, 1995, p. 317).

⁸³⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Descumprimento de decisão judicial. **Revista da Ajufe**, n. 70, 2002, p. 215-216.

recalcitrante); pelo contrário, destina-se a prestar tutela ao direito do autor (violado pelo Poder Público) e encontra justificativa na renitência pessoal do agente. Por essa razão é que “essa multa somente poderá ser imposta se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a multa somente pode ser exigida da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão – e não a cumpriu.”⁸³⁹

Como a multa é condicionada ao descumprimento, não é o juiz que agride a esfera do agente público (terceiro); em verdade, é este que, optando pela renitência, abre a oportunidade para a incidência da sanção em sua esfera pessoal. Portanto, a multa só incide na esfera do agente público ordenado quando este se põe deliberadamente num estado de total insubordinação.⁸⁴⁰

Bem por isso é que, segundo Marinoni, a prevalecer a tese de que a multa não pode recair sobre a autoridade coatora, ter-se-ia que aceitar a premissa “*de que o Poder Público pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público*”, o que, segundo o autor, seria absurdo.⁸⁴¹

A propósito, não há sentido algum em se continuar aceitando que a renitência pessoal da autoridade pública - cujo agir deveria ser inexoravelmente pautado pelo princípio da estrita legalidade -, que dá ensejo a fluência da multa, conduza ao

⁸³⁹ MARINONI, *Técnica...*, p. 662.

⁸⁴⁰ “A fórmula de harmonia a prevalecer nas relações entre os Poderes do Estado democrático reside nas regras de competência fixadas na Constituição e o recíproco dever de respeito às atividades, legitimamente realizadas por eles. Tais são os chamados *checks and balances*, responsáveis pelo equilíbrio institucionalizado entre os Poderes do Estado. No momento em que um deles, notadamente o Executivo, afasta-se da disciplinada observância das legítimas decisões de agentes de outro Poder, abre-se estrada para o arbítrio e para o *totalitarismo*. A efetividade de uma democracia tem por esteio fundamental a observância, pelo próprio Estado, das decisões de seus juízes. Sem isso, adeus liberdades, adeus direitos humanos e, sobretudo, adeus Estado-de-direito.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução de liminar em mandado de segurança - desobediência - meios para efetivação de liminar. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, 1995, p. 312).

⁸⁴¹ MARINONI, *Técnica...*, p. 662. Tratando dessa questão, Beate Rudolf explica que não se pode privar a parte da “efetiva proteção jurisdicional” sob o fundamento de que a execução da decisão ocasionará interferências no funcionamento da Administração Pública. (RUDOLF, *The enforcement of judgments against public authorities ...*, p. 279).

desfalque dos cofres públicos, onerando nocivamente a sociedade como um todo.⁸⁴²⁻⁸⁴³

Sensível a este problema, Araken de Assis pondera que, incidindo a multa, “a ulterior execução do seu valor agravará toda a sociedade, em proveito do credor, em geral drenando recursos das rubricas orçamentárias apropriadas (v.g., as que prevêm as verbas da saúde).”⁸⁴⁴

Por isso é que, no estágio atual das coisas, não se nega a possibilidade de execução por meio de multa contra o Estado,⁸⁴⁵⁻⁸⁴⁶ assim como tem se admitido, pouco a pouco, tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial, que a multa deve ser

⁸⁴² Lembre-se, a propósito, nos termos do que leciona Marcelo Lima Guerra, que é pouco provável que o Poder Público venha a cobrar o prejuízo ensejado pela incidência por meio de ação regressiva: “Isso porque, incidindo sobre a própria pessoa jurídica é o seu patrimônio que será imediatamente atingido pela medida, cabendo ao Poder Público propor ação regressiva contra o agente que deu causa à incidência da multa para obter dele o ressarcimento. Sabendo-se que a propositura dessa ação depende, muitas vezes, de ato ou iniciativa desse mesmo agente, e pode sempre ser retardada por manobras políticas, mesmo com a saída do agente, torna-se tão remota a possibilidade dessa ação regressiva, que a ameaça de multa é reduzida drasticamente.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 197).

⁸⁴³ É oportuno trazer à colação os dizeres de Bandeira de Mello: “O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos.” (MELLO, op. cit., p. 83).

⁸⁴⁴ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 564.

⁸⁴⁵ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. (...) 4. “Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.” (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min.ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 771616. Relator: Ministro Luiz Fux. 20 jun. 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, 1 ago. 2006, p. 379).

⁸⁴⁶ “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. IMPOSIÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, é possível a imposição de multa por inadimplemento de obrigação de fazer, ainda que contra a Fazenda Pública, porquanto tais dispositivos não trazem nenhuma restrição quanto aos entes públicos. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 720422. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 22 mai. 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 jun. 2007, p. 353).

direcionada para a esfera pessoal da autoridade que resiste ao cumprimento da decisão judicial. No terreno jurisprudencial, colhe-se como exemplo emblemático dessa postura importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, cuja conclusão se transcreve:

A responsabilidade pelo cumprimento da ordem judicial é pessoal do agente, por meio de que se exterioriza a pessoa jurídica razão pela qual a desobediência haverá também de ser pessoalmente responsabilizado, mesmo com a imposição de sanção pecuniária.⁸⁴⁷

Imprimindo solidez a esse posicionamento, assim expõe Paulo Roberto de Souza:

Portanto, num sistema processual altamente comprometido com a efetividade da tutela jurídica, no qual se constata depósito de confiança necessária aos órgãos jurisdicionais, a solução mais adequada para o problema do destinatário da sanção coercitiva indireta está na necessária flexibilização de sua imposição tanto à autoridade coatora quanto à pessoa jurídica à qual pertença. Isso porque, a rigor, uma solução fechada não ser adequada para atender as peculiaridades do caso concreto, onde, muitas vezes, a autoridade coatora acaba exercendo a defesa de interesses não-coincidentes com o seu, porque, por sua vez, também se acha atrelada à gama de interesses que envolve a administração pública no Brasil.⁸⁴⁸

Diante disso, é lícito concluir que, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, conjugado aos princípios constitucionais norteadores da atuação do Poder Público, afasta qualquer tendência voltada a limitar a execução de decisões contra o Estado e torna legítima a postura interpretativa segundo a qual a multa coercitiva destinada à concretização de ordens judiciais deve recair sobre a esfera pessoal da autoridade pública competente para dar cumprimento ao comando judicial.

⁸⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Atribuições n. 46-9. Relator: Ministro Américo Luz. 25 set. 1995. **Revista dos Tribunais**, v. 722, p. 282-291, dez. 1995.

⁸⁴⁸ SOUZA, Paulo Roberto Souza. **Elementos para um delineamento do perfil do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo**. Curitiba, 2003. 489 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 455.

7.12 BREVE ANÁLISE DE RECENTES CASOS JULGADOS POR TRIBUNAIS BRASILEIROS

É perceptível que o problema examinado nesse estudo ultrapassa o mero interesse acadêmico. A dificuldade inerente à execução de decisões judiciais que veiculam ordem de fazer ou de não fazer para pessoas jurídicas é notória. Ademais, ninguém nega que o próprio Poder Público é quem causa os maiores embaraços à concretização das decisões judiciais.

Diante disso, o que interessa evidenciar aqui, por intermédio da exposição de alguns julgados, é que a necessidade prática de se empregar a multa coercitiva contra aquele que detém capacidade para dar cumprimento à decisão judicial endereçada à pessoa jurídica tem sido gradativamente reconhecida e chancelada pelos Tribunais brasileiros.

Dentro desse propósito, merece referência, em primeiro lugar, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, além de expressamente referendar a imposição de multa pessoal contra a autoridade pública, compreendeu que a responsabilidade pelo cumprimento da decisão judicial é pessoal do agente. Confira-se o seguinte trecho:

No Estado de direito democrático todos, administradores e administrados, sem exceção alguma, são serventes à lei e às decisões judiciais, tanto assim que a Constituição Federal erige como crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais (art. 85, VI). O ato do impetrado não revela legal ou abusivo, pois com fundamento no art. 461 do CPC, não redação que lhe deu a Lei 8.952/94, impôs as medidas coativas adequadas ao cumprimento da ordem judicial, consignando razoável para tanto. A responsabilidade pelo cumprimento da ordem judicial é pessoal do agente, por meio de que se exterioriza a pessoa jurídica razão pela qual a desobediência haverá também de ser pessoalmente responsabilizado, mesmo com a imposição de sanção pecuniária.⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Atribuições n. 46-9. Relator: Ministro Américo Luz. 25 set. 1995. **Revista dos Tribunais**, v. 722, p. 282-291, dez. 1995.

No bojo desse julgamento, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça puderam constatar que “no Direito Brasileiro os atos judiciais são ineficazes quando se tratar de executar o Estado”. O Ministro Milton Luiz Pereira atribuiu esse problema ao fato de que “não temos aqui ‘a ofensa à Corte’ do direito americano, onde o descumprimento da lei significa a imediata autuação do desobediente que ouse a enfrentar a decisão judicial.”

De fato, inexistente algo semelhante ao *contempt of court* no Brasil; e, certamente, não existirá uma vez que esse instituto deita raiz em aspectos culturais, religiosos e políticos da tradição anglo-americana que jamais poderão ser importados. No entanto, o que importa perceber é que, para a conformação dos meios coercitivos do sistema executivo do art. 461 aos imperativos do caso concreto, não é necessário o recurso ao poder inerente das Cortes. Foi suficiente, no caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, compreender que os meios executivos devem incidir na esfera daquele que tem responsabilidade pelo cumprimento.

Alcançou-se, por intermédio dessa decisão, um resultado muito próximo ao que se verifica nos casos do *contempt of court*. É o que se constata através da comparação da supramencionada decisão com o importante caso *M v. Home Office* em que a Corte inglesa compreendeu que as medidas coercitivas do *civil contempt of court* (multa, prisão e seqüestro de ativos) não são apropriadas para serem aplicadas contra departamentos do Governo ou contra a Coroa, mas sim contra os agentes públicos responsáveis pelo ato. Segundo esse importante precedente, “*individual ministers of Crown and civil servants, being natural persons with legal personality, may be liable for civil contempt in the respect of their personal acts or omissions.*”

Para além disso, a Corte inglesa entendeu que a alegação de que o ato considerado *contempt of court* foi praticado no exercício dos deveres funcionais não tem o condão de afastar a responsabilidade do agente por seus atos e omissões.⁸⁵⁰

⁸⁵⁰ INGMAN, *The english legal process*, p. 144.

Portanto, conclui-se que, sob certo aspecto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça guardou semelhança com as decisões tomadas nos casos de *contempt of court* praticados por autoridades ou agentes públicos que se recusam a acatar ordens judiciais.

Ultrapassado esse primeiro julgado, sem dúvida alguma, um dos casos mais interessantes sobre o tema em questão foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O caso ilustra a dificuldade enfrentada pelo próprio Poder Judiciário na compreensão de que a multa, bem como as técnicas processuais de um modo geral, deve ser conformada com as concretas necessidades do direito material em jogo.

O caso pode ser assim sintetizado. Alguns demandantes, em sede de mandado de segurança, obtiveram o reconhecimento do direito à incorporação aos seus vencimentos do índice de 84,32% (plano Collor). Descumprida a decisão, os demandantes promoveram a execução do *decisum*. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal impôs, para o caso de não cumprimento da ordem no prazo de 30 dias, multa diária em favor de cada um dos exequentes, correspondente a 50% do salário mínimo, contra o Distrito Federal e, concomitantemente, contra o Governador e o Secretário da Administração do Distrito Federal.

De acordo com a referida decisão “a imposição da multa coercitiva (“*astreinte*”), unicamente à pessoa jurídica, pode resultar inócua, caso não seja capaz de sensibilizar seus agentes responsáveis, a quem não vai ser imposto, diretamente, qualquer sacrifício patrimonial.”

Sensível à necessidade de superar o quadro de inadequação comportamental do Poder Público recalcitrante e atenta à finalidade compulsória da multa, a decisão articulou-se sob o seguinte raciocínio:

Com efeito, é isso o que, lamentavelmente, vem demonstrando a experiência judicial em nosso país. Em verdade, tem-se revelado ineficaz, do mesmo modo, a simples previsão da possibilidade (remota) de eventual ação de regresso, da pessoa jurídica contra o agente responsável. Nessa perspectiva, considerando a finalidade da própria norma (que deve,

sempre, balizar sua interpretação), tenho que cabível é a imposição de multa coercitiva também ao agente responsável pelo inadimplemento, como único meio de fazer valer a teleologia do preceito. Se a função da astreinte não é punitiva ou sancionatória, mas sim, coercitiva, o que lhe empresta sentido jurídico é seu poder de influenciar na vontade, no psiquismo, da pessoa de quem depende o adimplemento da obrigação, de sorte a convencê-la que é melhor fazer cumpri-la do que suportar a multa diária.

Em sede de agravo regimental, o Distrito Federal questionou justamente “a impossibilidade de terem, o Governador e o Secretário de Administração, seu patrimônio pessoal onerado pelo descumprimento da ordem judicial, uma vez não serem parte do processo e tampouco titulares da relação de direito material sobre a qual se deu o provimento jurisdicional, requerendo, assim, o afastamento da multa que lhes fora aplicada.”⁸⁵¹

No voto condutor do acórdão, o Desembargador relator deduziu fundamentação no sentido de que a autoridade coatora não pode ser considerada estranha ao processo já que, além de representar, política e administrativamente, a pessoa jurídica, as decisões da pessoa jurídica são tomadas pelo próprio Governador. Vale a pena conferir a linha de argumentação do voto condutor:

As pessoas jurídicas, repita-se o que restou assentado na decisão agravada, não são senão ficções do Direito. Elas se expressam através de pessoas físicas. Elas decidem, através de pessoas físicas. Logo, quando a lei processual faculta ao Judiciário a imposição de meios coercitivos atuantes sobre a vontade e o psiquismo das pessoas, de modo a lograr o

⁸⁵¹ AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCORPORAÇÃO DE ÍNDICE - PLANO COLLOR. DESCUMPRIMENTO. MULTA COERCITIVA. IMPOSIÇÃO À PESSOA JURÍDICA E AOS SEUS REPRESENTANTES. PRORROGAÇÃO DE PRAZO. RECURSO PREJUDICADO. A autoridade impetrada não é estranha ao processo, seja pelo aspecto de defesa do ato impugnado e de sua reforma, caso concedida a segurança, seja por ser o canal de comunicação processual da pessoa jurídica que, não dispondo de vontade nem de psiquismo, não pode ser diretamente constrangida nem convencida a coisa alguma. Para o efetivo cumprimento da obrigação originada da decisão judicial, ou obtenção de resultado equivalente, perfeitamente cabível a imposição de multa coercitiva aos representantes da pessoa jurídica, por serem seu verdadeiro substituto processual. Findo o prazo previsto para o cumprimento da obrigação de fazer, anteriormente ao julgamento do recurso no qual se pugnava por sua prorrogação, o mesmo, neste particular, restou prejudicado à unanimidade. Recurso conhecido e improvido, parcialmente. Decisão por maioria. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Mandado de segurança n. 19980020031802. Relator: Desembargador Edmundo Minervino. 21 ago. 2001 .**Diário da Justiça**, Brasília, 21 nov. 2001, p. 131).

cumprimento das obrigações já reconhecidas, por óbvio que lhe faculta fazer incidir essa coerção sobre o psiquismo daquelas pessoas que dispõem de vontade, e através de cuja vontade se expressa a “vontade” das pessoas jurídicas. Não reconhecê-lo equivale a negar vigência à lei.

O voto foi levado à apreciação do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e, muito embora a decisão agravada tenha sido mantida por maioria, referendando-se o voto do Desembargador relator, é a partir dos votos divergentes que se denota certa hesitação do Tribunal em relação à utilização da multa contra o agente público capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional e, surpreendentemente, no que diz respeito ao próprio poder do juiz de outorgar aos jurisdicionados a efetiva tutela do direito.

Para que se possa aquilatar tal dificuldade parece oportuno destacar, resumidamente, o que foi expressado por alguns dos votos divergentes. Em primeiro lugar, um dos Desembargadores demonstrou preocupação acerca da efetividade e da legalidade da medida propugnada, já que não expressa em lei. Outro julgador compreendeu que o sistema não autoriza que a efetivação da decisão judicial seja levada a efeito pela força da coerção. Por fim, um terceiro julgador concluiu que o sistema não contemplaria a solução alvitada pelo Desembargador relator no diz respeito à imposição de multa contra a autoridade coatora. Esse último voto, sem embargo de reconhecer que o Poder Público demandado vinha resistindo ao cumprimento da ordem judicial há quase 12 anos e de compreender o esforço do Desembargador relator no sentido propiciar uma solução para a questão, obtemperou da seguinte forma: “se existe falha, se existe lacuna, essa lacuna é da lei. Entendo que a nossa missão não é legislar.”

O que se percebe da leitura do acórdão em sua íntegra é, de um lado, a profunda dificuldade de se superar a recalcitrância do Poder Público. De outra banda, à luz dos votos divergentes, evidencia-se que a resistência de alguns dos julgadores em reconhecer o dever de se adequar os meios executivos oferecidos pela norma processual à situação que se apresentava carente de tutela deita raiz, em grande

medida, na falta de compreensão de que a atipicidade da técnica executiva do art. 461 do Código de Processo Civil resulta precisamente na inexistência de fórmulas legais pré-fixadas para a efetiva tutela do direito.

Portanto, como a predisposição da cláusula aberta processual (art. 461, § 5.º) permite justamente que o juiz formate ou até mesmo crie a medida executiva de acordo com imperativos do caso concreto, “não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada pode fazer.”⁸⁵²

Dois outros julgados merecem referência. Em decisão de 05.02.1999, o Tribunal de Justiça do Paraná, decidindo mandado de segurança impetrado contra o Governador do Estado, determinou que esta autoridade providenciasse imediatamente a nomeação dos impetrantes ao cargo para o qual haviam sido aprovados.⁸⁵³ Sem embargo da decisão concessiva da segurança, o Governador do Estado permaneceu em total recalcitrância. Para fazer cumprir sua decisão, a pedido dos impetrantes, o Tribunal de Justiça, assentando-se no disposto no art. 461 do Código de Processo Civil (hoje reconhecidamente extensível ao mandado de segurança), aplicou multa contra a pessoa física do Governador.

Segundo estatuiu esse Tribunal: “É viável, em princípio, a imposição de multa diária para compelir a Autoridade Impetrada a cumprir aquela decisão.”

E, de fato, tal medida revelou-se prontamente eficiente: tão-logo a multa foi cominada em caráter pessoal, o estado de desobediência que se estendia a meses cessou e os candidatos foram nomeados ao cargo para o qual haviam sido aprovados.

Por fim, reconhecendo a necessidade de que a multa seja destinada ao agente público responsável pelo cumprimento da decisão, o Tribunal Regional Federal da 2.ª Região assim decidiu:

⁸⁵² MARINONI, *Técnica...*, p. 224. Aliás, vale a pena registrar que Marinoni dedicou um tópico de seu livro “Técnica processual e tutela dos direitos” para justamente analisar o uso da multa para compelir o Poder Público a implantar reajuste de salário na folha de pagamento. (MARINONI, *Técnica...*, p. 660).

⁸⁵³ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Mandado de segurança n. 700088-5. Relator: Desembargador Gil Trotta Teles. 05 fev. 1999. *Diário de Justiça*, Curitiba, 08 mar. 1999.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTEMPT OF COURT E FAZENDA PÚBLICA.

1. A decisão que em sede de mandado de segurança impõe obrigação de fazer é essencialmente mandamental, sendo subsidiariamente substituída por perdas e danos, no caso de real impossibilidade de cumprimento, diante da interpretação analógica do art. 461 do CPC. 2. O *contempt of court* civil do direito anglo saxão, como meio de coerção psicológica do devedor, decorre da concepção de que a autoridade do Poder Judiciário é intrínseco à sua própria existência. 3. Provido o agravo para que o juiz adote todos os meios capazes de dar efetividade à jurisdição, registrando que a aplicação de astreintes à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeitas ao regime do precatório. 4. Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada.

A tônica do acórdão, ao determinar a cominação de multa ao agente público, foi a exatamente a incapacidade da sanção criminal para concretizar a decisão judicial. Confira-se a fundamentação deduzida:

Trata-se de execução de sentença proferida em sede de mandado de segurança que impôs obrigação de fazer a órgão da Administração Pública Federal. A natureza desse provimento jurisdicional é essencialmente mandamental, na qual a obrigação de fazer só será substituída por perdas e danos no caso de real impossibilidade de cumprimento, *ex vi* do art. 461 do CPC, aplicado analogicamente à espécie. No intuito de fazer valer a decisão judicial dessa natureza deve o magistrado aplicar meios de coerção psicológica do devedor, tais como o *contempt of court* ou as astreintes. Na hipótese vertente, houve remessa de peças para o MPF, para apurar eventual crime de desobediência ou prevaricação, o que, contudo, não fora eficaz, já que, até a presente, não há resposta adequada da parte da Administração Pública. A autoridade e efetividade da jurisdição são intrínsecos à própria conceituação e existência do Poder Judiciário. Nesse contexto, outros meios mais eficazes, devem ser utilizados, com vg o desconto em folha, de multa diária, como coerção psicológica ao servidor público responsável direto pela ordem judicial.⁸⁵⁴

Ao cabo dessa sintética exposição, a principal conclusão que se pode tomar é que, diante de um contexto em que os atos executivos são ineficazes contra o Estado, a multa dirigida ao agente ou administrador público que detém os poderes jurídicos para

⁸⁵⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região. Agravo de instrumento n. 97.02.29066-0. Relator: Juiz Federal convocado Ricardo Perlinger. 22. mai. 2001. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=9702290660&TOPERA=1&I1=OK>> Acesso em: 15.12.2006.

dar cumprimento ao comando judicial é um mecanismo profundamente eficaz. Se sua aplicação encontra legitimidade nas normas processuais e na própria Constituição, não há razão para que os juízes, quando necessário, deixem de empregá-la, notadamente porque a atividade jurisdicional é animada pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

CONCLUSÕES

Várias foram as conclusões obtidas ao longo da dissertação. Não seria possível e tampouco seria útil enumerá-las nesse capítulo. Opta-se aqui apenas por destacar algumas das mais relevantes idéias.

1. O dogma da incoercibilidade da vontade humana, cuja raiz remonta os fundamentos ideológicos do liberalismo, foi por muito tempo um óbice intransponível à possibilidade de coagir a vontade do demandado, fazendo prevalecer a idéia de que o juiz não poderia emitir ordens, muito menos empregar meios de pressão psicológica a fim de alcançar o cumprimento da prestação necessária à tutela do direito.

2. Esse dogma tem origem nos ideais do Estado Liberal, os quais, agasalhando o princípio romano *nemo ad factum praecise cogi potest*, cristalizaram o postulado da intangibilidade da vontade humana.

3. O significado da garantia da incoercibilidade e o recurso à sanção ressarcitória, para além de visar a defesa da liberdade individual e a salvaguarda da personalidade, liga-se diretamente às transformações intrínsecas ao desenvolvimento do processo econômico capitalista.

4. Assim, num terreno ideológico caracterizado pelo individualismo abstrato e universalizado, assim como por um Estado abstencionista, não se poderia cogitar que a jurisdição viesse a corrigir as discrepâncias sociais, seja mediante a imposição de ordens, seja com a utilização de mecanismos que interferissem na até então inviolável e sagrada esfera da vontade humana.

5. Um dos principais resultados disso no campo processual foi a formação da estreita vinculação entre condenação e execução por sub-rogação e a concepção de que ao juiz não caberia emitir ordens. Por sua vez, a correlação entre sentença condenatória e execução forçada deixou à margem da proteção jurisdicional uma série de direitos que não podem ser tutelados mediante o ressarcimento em pecúnia.

6. Pouco a pouco, as transformações do Estado e da própria sociedade fizeram avultar a necessidade de técnicas processuais consentâneas com o cenário histórico contemporâneo e com os novos direitos, muitos dos quais dependentes de proteção por intermédio de ordens de fazer e de não fazer.

7. De fato, o surgimento dos novos direitos, destituídos de conteúdo econômico, a progressiva tomada de consciência em relação às distorções promovidas pelo ideário liberal-burguês na estrutura do Estado, somada às incessantes reivindicações advindas da complexa sociedade de massas (naturalmente marcada pela diversidade e por distintas necessidades de proteção), fez avultar a carência sistêmica por meios executivos de coerção indireta. Para além disso, tornou-se latente a necessidade de que a estruturação da técnica processual outorgasse ao juiz um campo de atuação desvinculado de meios executivos tipificados.

8. Foi, portanto, a partir da progressiva conscientização em relação a esse cenário de clara inaptidão da técnica processual e de seu total distanciamento das necessidades emergentes do plano material que nasceu uma reação tanto por parte da doutrina quanto do legislador processual.

9. No direito processual brasileiro, a partir da reforma de 1994, sedimentou-se a noção de sincretismo processual, isto é, aceitação de que o processo deve contemplar, em uma só etapa, a fusão entre reconhecimento (anteriormente reservada ao processo de conhecimento) e atuação do direito (reservada ao processo de execução), rompendo-se com a falsa crença de que a solução dos conflitos de interesse pode ser alcançada com o mero reconhecimento do direito (atividade cognitiva).

10. O formato dado ao art. 461 do Código de Processo Civil (e, posteriormente, ao art. e 461-A) acabou por munir o juiz de poderes para criar condições, dentro do processo, para que ao réu pareça mais vantajoso cumprir a prestação na forma específica do que se submeter às sanções decorrentes de sua renitência.

11. A multa prevista neste dispositivo tem exatamente a função de desestimular o descumprimento das ordens judiciais mediante a ameaça de sanção pecuniária.

12. Os provimentos judiciais que concedem a tutela específica dos direitos, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil, permitem a veiculação de ordem ao demandado para que este cumpra o fazer ou a abstenção reclamados pelas formas de tutela do direito. Isso porque a técnica processual instituída no Código de Processo Civil objetiva alcançar o resultado que se teria caso houvesse, por parte do demandado, a conduta esperada, não se limitando, portanto, à outorga exclusiva de tutela ressarcitória.

13. Foi possível concluir, ainda, numa outra linha de investigação, que a análise do fenômeno processual pelo ângulo da tutela do direito, permite, sobretudo, que sejam identificadas as necessidades de proteção advindas do plano material. Ademais, a manutenção do foco nas questões atinentes à tutela do direito, promove uma inafastável aproximação entre processo e direito material.

14. Ao lado disso, a adoção de um ângulo de visão que eleva o momento da tutela a momento central e significativo da experiência jurídica permite concluir que um ordenamento que não contempla técnicas processuais capazes de permitir a proteção do direito material, não cumpre sua incumbência de prestar tutela jurisdicional efetiva ao direito.

15. Por essa razão é que o enfoque nas formas de tutela do direito permite justamente avaliar, de forma crítica, essa relação de ajustamento entre técnica processual e tutela do direito.

16. A insistência em que a multa - enquanto técnica processual - deva ser focalizada a partir da natureza do direito material que visa ser tutelado encontra justificativa no fato de que tal instrumento, ao permitir a concretização de prestações de fazer, de não fazer, de entrega de coisa e, em algumas hipóteses, de pagamento de

quantia em dinheiro, viabiliza várias formas de tutela do direito e não só a tutela da obrigação de fazer ou não fazer inadimplida.

17. A multa, portanto, configura uma técnica processual indispensável para a tutela de vários direitos que dependem de prestações de conduta, isto é, prestações de fazer, de não fazer, de entrega de coisa e, em hipóteses excepcionais, de pagamento de soma em dinheiro.

18. No Estado Constitucional, a norma de reconhecimento deixa de se fundar no princípio da legalidade para ser determinada por parâmetros constitucionais. Tem-se, a partir disso, que o fundamento de validade das normas jurídicas passa a ser a coerência com o conteúdo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

19. Da mesma forma que as normas de direito material são avaliadas à luz de sua harmonia com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, as normas processuais devem revelar integração e compatibilidade com o plano constitucional. O que há de particular, no entanto, é que as normas processuais, especialmente aquelas que concebem técnicas processuais, têm por referencial o denominado direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

20. Esse direito fundamental orienta tanto a atividade do legislador, por ocasião da estruturação das técnicas processuais, quanto a atividade do juiz, na interpretação e no manejo dos instrumentos processuais. Com efeito, o direito à efetividade da tutela jurisdicional incide diretamente na esfera de responsabilidade do legislador e do juiz, adstringindo-os a criar, formatar, interpretar e empregar a técnica processual de forma a dar completa proteção ao direito material.

21. Naturalmente, como a multa consiste em um meio executivo, sua aplicação sofre influxo direto do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

22. Enunciar que o manejo da multa é orientado pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste, sobretudo, em afirmar que o juiz, ao manipular a técnica processual, está sobremaneira vinculado ao dever de prestar tutela efetiva ao

direito material e, por via de consequência, adstrito à concretização desse direito fundamental.

23. A idéia de que o meio executivo deve ser manejado em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva presta-se para demonstrar que, nesse contexto, o juiz não está autorizado a ocupar uma posição de neutralidade. Ao contrário, o direito fundamental incide no campo de responsabilidade do juiz, exigindo deste a propícia e adequada tutela do direito.

24. No que toca ao tema central da presente dissertação, pode-se perceber que, por meio de da multa, ao mesmo tempo em que se salvaguarda a autoridade da função jurisdicional, identifica-se um mecanismo processual potencialmente idôneo para promover a tutela dos direitos dependentes de um fazer, de um não fazer ou da entrega de coisa na medida em que ela, ao exercer pressão psicológica, induz o demandado a prestar exatamente o que prometeu (em se tratando de direitos obrigacionais) ou a observar o dever legal.

25. No entanto, toda sua eficácia parte da premissa que o ordenado sinta-se, frente à possibilidade de experimentar o prejuízo patrimonial ensejado pela sanção, constrangido a cumprir a ordem judicial. Por via de consequência, como sua finalidade é compelir o demandado ao cumprimento, sua aplicação pressupõe que o sujeito que deve cumprir a ordem seja também aquele que sofrerá o prejuízo decorrente da fluência da multa.

26. É precisamente à luz dessa premissa que se constatou uma hipótese de inefetividade da execução por meio de multa: a possibilidade de a multa tornar-se inoperante enquanto mecanismo de coerção ao cumprimento ocorre acentuadamente quando no pólo passivo da relação processual se encontra uma pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado.

26. A execução por meio de multa contra as pessoas jurídicas (de direito público ou de direito privado) desafia um óbice operativo: sua aplicação contra o ente

personificado impede, em grande medida, que se atinja e que se exerça pressão sobre a vontade humana capaz de cumprir a ordem judicial.

27. Diante de tal problema estruturou-se a seguinte hipótese: se é verdade que o cumprimento do comando contido na decisão judicial, quando endereçado à pessoa jurídica, depende de ato daqueles que a dirigem, a multa – enquanto mecanismo de pressão psicológica – só atingirá seu escopo caso incida na esfera da pessoa física responsável pelo cumprimento da decisão.

28. Essa hipótese foi confirmada por várias ordens de argumentação, de tal sorte que a aplicação da multa contra a pessoa física responsável pelo cumprimento da decisão judicial que é endereçada à pessoa jurídica encontra legitimidade nas normas processuais e na própria Constituição. Tendo em vista, portanto, a teleologia desse meio executivo, a conclusão obtida foi a de que, quando aplicadas em face da pessoa jurídica, a multa deve recair sobre a esfera pessoal do terceiro que incorpora a vontade da pessoa jurídica ou, simplesmente, do terceiro que tenha capacidade de cumprir a ordem judicial endereçada à pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henri J. **The judicial process** – An in introduction analysys of the courts of the United States, England and France. 5. ed. New York: Oxford University Press, 1986.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – Direito material e processo. **Revista de Processo**, n. 99, 2000.

ALVIM, Thereza Arruda. A tutela específica do art. 461, do CPC. **Revista de Processo**, n. 80, 1996.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes no processo civil brasileiro**. Porto Alegre, 2002. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **As fontes do direito no sistema jurídico anglo-americano**. Lisboa: LAEL, 1974.

ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 41-79.

_____. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *O contempt of court* no direito brasileiro, **Revista de Processo**, n. 111, 2003.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. Contempt: **The law Reform Comission: Report 35**. Canberra: Australian Government Publication Service, 1987.

BALENA, Giampiero. Aspetti processuali della tutela dei consumatori. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno LII, n.6, p. 559-572, nov./dic. 2006.

BEALE JR., Joseph H. Contempt of court, criminal and civil. **Harvard Law Review**, v. 21, p. 1908.

BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **O direito constitucional de ação e o contempt of court**. Curitiba, 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BLACK, Henry Campbell M. A. **Black's Law Dictionary**. 6. ed St. Paul: West Publishing, 1990.

BOER, Margreet B. de. Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LI, n.3, p. 790-808, lugl./set. 1996.

BOMHOF, Scott. The court's inherent jurisdiction – What are the limits? **Commercial Insolvency Reporter**, v. 15, n. 5, 2003. Disponível em: <<http://www.torlys.com/publications/pdf/AR2003-27T.pdf>>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Análise do sistema de multas previstas no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 118, 2004

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2005.

BORRÈ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Napoli: Jovene, 1966.

BROWN, Brendan F. La equity en el derecho de los Estados Unidos de América. Tradução de: Jorge Sánchez Cordero Dávila. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Cidade do México, n. 21, p. 21-38, set./dic., 1974.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. Execução por quantia certa contra a fazenda pública – uma proposta atual de sistematização. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001. v. 2. p. 109-174.

_____. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: _____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers**. Ottawa, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991

CAPPONI, Bruno. *Astreintes* nel processo civile italiano? **Giustizia civile**, n. 4, 1999.

CARNEVALE, Valentina. Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LXII, n.1, p. 63-90, gen./feb. 2007.

CARPI, Federico. Note in tema de tecniche di attuazione dei diritti. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 157-172.

CARRIGAN, Jim R. Inherent Powers and Finance. **Trial Magazine**, n. 6, 1971.

CASTRONOVO, Carlo. Il risarcimento del danno. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno LII, n.6, p. 81-97, nov./dic. 2006.

CENDON, Paolo. Le misture compulsorie a carattere pecuniario. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 293-314.

CHESTERMAN, Michael. Contempt: in the common law, but not the civil law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 46, 1997.

CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIARLONI, Sergio. Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 183-206.

_____. **Misure coercitive e tutela dei diritti.** Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Tradução de: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 2000, v. 2.

CHRISTIANSEN, Stephen K. Inherent sanctioning power in the federal courts after *Chambers v. NASCO, Inc.* **Brigham Young University Law Review**, n. 4, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre a colisão de direito fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003.

COLESANTI, Vittorio. Misure coercitive e tutela dei diritti. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno XXXV, n. 4, p. 601- 626, ott./dic. 1980.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, n. 2, apr./giu. 1994.

CONTEMPT Injunctions – Federal civil decree deputy sheriff to resign from office – *Lance v. Pumbler* (5th Circ. 1965). **Michigan Law Review**, v. 65, n. 3, 1967, p. 556-563.

CONTEMPT proceedings against persons not named in a injunction. **Harvard Law Review**, v. XLVI, 1933, p.1311-1317.

CRIBARI, Giovanni. Execução específica – obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 3, n.10, p.47-81, abr./jun. 1978.

DAVID, René. **O direito inglês.** Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DANGEL, Edward W., **National Lawyers Manual co.**, Boston: Massachusetts, 1939.

DENTI, Vittorio. **L'esecuzione forzata in forma specifica.** Milano: Giuffrè, 1953.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2004. v.4.

_____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Execução de liminar em mandado de segurança- desobediência – meios para efetivação de liminar. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 200, 1995.

DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, 1971.

DOBBYN, John F. **Injunctions**. 9. ed. Saint Paul: West Publishing, 2001.

DONDI, Angelo. Tecniche di esecuzione nell'esperienza statunitense. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

EMANUEL, Steven L. **Civil Procedure**. 18 ed. Larchmont: Emanuel Publishing, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Potestades Regladas y Potestades Discrecionales. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993, t. I.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

FERRONI, Lanfranco. Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Da multa cominatória. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 90, n.794, p.95-100, dez. 2001.

FRIGNANI, Aldo. Il contempt of Court quale sanzione per l'inesecuzione dell'injunction. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1972.

_____. Il mondo dell'*astreinte*: sviluppi recenti e prospettive. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

_____. Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese. **Rivista di diritto civile**, 1981.

GIANNICO, Maricé. Multa diária: jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 133, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

GOLDFARB, Ronald L. **The contempt power**. New York: Columbia University Press, 1963.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GOMES JUNIOR, Manoel. Execução de multa – art. 461, § 4.º, do CPC – e a sentença de improcedência do pedido. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001. v.2. p. 555-567.

GRAY, Lawrence N. Criminal and civil contempt: Some sense of a hodgepodge. **St. John's Law Review**, 1998.

GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf> Acesso em: 15.10.06.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do “Contempt of court” brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito processual (inovações e perspectivas)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-11.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, 2000.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, 1995.

GRUNSKY, Wolfgang. Interventi e comunicazioni. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 383-386.

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

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998.

HÉBRAUD, Pierre; RAYNAUD, Pierre. Jurisprudence française em matière de droit judiciaire prive. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1968.

INGMAN, Terence. **The English legal process.** 4. ed. London: Blackstone Press Limited, 1992.

IRANZO, Virginia Prado. Principales innovaciones de la nueva LEC en materia de ejecución. **Revista Internauta de Praticà Juridica**, n. 8, 2001. Disponível em: <<http://www.uv.es/~ripj/8indice.htm>>.

JACOBS, Jack. The Inherent Jurisdiction of the Court. **Current Legal Problems**, n. 23, 1970.

JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. **Civil procedure.** 4 ed. Boston: Little, Brown and Company, 2002.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução.** São Paulo: RT, 2001. v.2. p. 359-380.

KOWALSKI, Leonhard J.; MACCARTY, Dawn F. **Contempt of court bench book.** Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado.** Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Processo de execução.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book.** Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Descumprimento de decisão judicial. **Revista da Ajufe**, n. 70, 2002.

MAJO, Adolfo di. Forme e tecniche di tutela. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 11-38.

_____. Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno LII, n.6, p. 67-79, nov./dic. 2006.

MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n.1, jan./abr., 1996.

MALACHINI, Edson Ribas. Os título executivos e a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996,

MANDRIOLI, Crisanto. La tutela giurisdizionale specifica dei diritti. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 3, p. 31-46, 1953.

_____. **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1953

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. v.1

_____. **Tutela inibitória**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n. 29, jul./set., 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, v. 3.

MAZZAMUTO, Salvatore. **L'attuazione degli obblighi di fare**. Napoli: Jovene, 1978.

_____. Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica. In: _____. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 453-480.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDONÇA JÚNIOR, Deslomar. Tutela mandamental e efetividade do processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2005.

MERRYMAN, John Henry. **La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law**. Trad. de: Anna de Vita. Milano: Giuffrè, 1973.

MILLER, Christopher John. **Contempt of court**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, 2000.

_____. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: _____. **Temas de direito processual – 3ª série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: _____. **Temas de direito processual civil - 5ª série**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. **Temas de direito processual - 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de processo**, São Paulo, n. 41, 1986.

_____. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: _____. **Temas de direito processual - 2. série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Conceito de pessoa jurídica**. Curitiba, 1962.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en América Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEKELIS, Alejandro H. Tecnicas Juridicas e ideologias politicas. **Revista Juridica Argentina La Ley**, n.29, p. 837- 851, ene./mar. 1943.

PÉREZ, David Vallespín. **El modelo constituicional de juicio justo en el ámbito del proceso civil: conexión entre le derecho a la tutela judicial efetiva y el derecho a un processo con todas las garantias**. Barcelona: Atelier, 2002.

PERROT, Roger. L'astreinte – Ses aspectas nouveaux. **Gazette du Palais**, v. 111, III, 1991.

_____. La coerzione per dissuasione nel diritto francese. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LI, n.3, p. 658-674, lug./set. 1996.

_____. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, anno XXXIX, n.4, p. 845-863, dic. 1985.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PISANI, Andréa Proto. Appunti sulla tutela di condanna. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, 1978.

_____. L'attuazione dei provvedimenti di condanna. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 39-62.

_____. Profili processuali della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno LII, n.6, p. 541-555, nov./dic. 2006.

PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Carlos G.. **Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones**. Hammurabi, t. 2, 1999.

PÔRTO, Mário Moacyr. Astreinte. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 57, n.394, p.29-33, ago. 1968.

PUSHAW, Robert J. The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution. **The Iowa Law Review**, v. 86, n. 2, 2001.

RAMOS, Manuel Ortells. ¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa. **Revista Internauta de Praticà Juridica**, n. 19, 2007. Disponível em: <http://www.ripj.com/art_jcos/proc/proc.html>.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987.

REYNOLDS, William L. **Judicial process**. 2. ed. Saint. Paul: West Publishing, 1991.

RAYNAUD, Pierre; HÉBRAUD, Pierre. Jurisprudence française em matière de droit judiciaire prive. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1968.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução de: Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEJA, 1953, t. III.

RUDOLF, Beate. The enforcement of judgments against public authorities in the Federal Republic of Germany. **European Public Law**, v. 7, n. 2, jun. 2001.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações cominatórias no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, t. I.

SATTA, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. 3.ed. Torino: Unione Tipografico, 1954.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

_____. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, v.2.

SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. **Rivista di diritto processuale**, Padova, anno XXXVI, n.1, p. 41-70, gen./mar. 1981.

SOUZA, Paulo Roberto Souza. **Elementos para um delineamento do perfil do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo**. Curitiba, 2003. 489 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 482-508.

TALAMINI, Eduardo. Ainda sobre a prisão como “execução indireta”: a criminalização da desobediência a ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 279-313.

_____. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Tutela relativa dos deveres de fazer e não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: RT, 2001.

TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C.. **American civil procedure: an introduction**. New Haven and London: Yale University, 1993.

TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989.

THE LAW REFORM COMMISSION. **Consultation paper on contempt of court**. Dublin: The law reform commission, 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Medida cautelar. Multa diária. Exeqüibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2002.

_____. Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do Código de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002.

TUNC, André; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de América - Instituciones judiciales, fuentes y técnicas**. Trad. de Javier Elola. México: Imprensa Universitária, 1957.

VARANO, Vincenzo. Contempt of court. In: MAZZAMUTO, Salvatore. **Processo e techniche di attuazione dei diritti**. Napoli: Jovene, 1989, p. 387- 432.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. I.

_____. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. II.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O *contempt of court* no novo processo civil, **Revista de Processo**, n. 118, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Ato atentatório ao exercício da jurisdição – Multa – Comentários ao novo inciso V, art. 14 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 1, 2003.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade**. Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965.

VULLO, Enzo. L'esecuzione indiretta tra italia, francia e unione europea. **Rivista de Diritto Processuale**, Padova, anno LIX, n.3, p. 727-774, lugl./set. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. RT: São Paulo, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003.

WARREN, Michael. Contempt of court & broken windows: why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican self-government. **The Journal of the Federalist Society's Practice Groups**, v. 7, 2006.

WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. especial, p. 269-279, jan./dez. 2003.

_____. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Atlas, 1993.

ZAVALLIA, Fernando López. La tutela de las obligaciones de hacer, y no hacer en el derecho argentino. **Genesis - Revista de direito processual civil**. Curitiba, n.1, p.422-444, jan./abr. 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.