

BRUNO MARZULLO ZARONI

**APONTAMENTOS SOBRE A MULTA COERCITIVA DO ART. 461, CPC:
NECESSIDADE DE COERÇÃO DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Marinoni

Co-orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2003

AGRADECIMENTOS

A
Deus, acima de tudo.

A
Luiz Fernando, Selma, Fábio e Zilda pelo imenso carinho.

Ao
meu grande Professor de Direito Processual Civil e amigo, Sérgio Cruz Arenhart cujo exemplo me incentiva diariamente.

Ao ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni.

Ao
Professor Luiz Edson Fachin pela grande oportunidade e pelas nobres lições.

É belo ser-se justo. Mas a verdadeira justiça não permanece sentada diante da sua balança, a ver os pratos a oscilar. Ela julga e executa a sentença.

Romain Rolland

É preciso implantar um novo "método de pensamento", rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade que passa fora do processo.

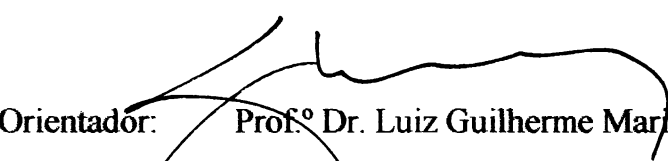
Cândido Rangel Dinamarco

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO MARZULLO ZARONI

APONTAMENTOS SOBRE A MULTA COERCITIVA DO ART. 461, CPC:
NECESSIDADE DE COERÇÃO DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  Prof.º Dr. Luiz Guilherme Marloni

Co-orientador:  Prof.º Dr. Sérgio Cruz Arenhart


Prof.º Dr. Edson Ribas Malachini

CURITIBA
2003

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
1 INTRODUÇÃO	01
1.1 NECESSIDADE DE TUTELAS DIFERENCIADAS: SITUAÇÕES SUBSTANCIAIS CARENTES DE TUTELA.....	01
1.2 VINCULAÇÃO DO DIREITO MATERIAL AO DIREITO PROCESSUAL.....	04
1.3 TUTELA DOS DEVERES DE FAZER E DE ABSTENÇÃO.....	07
2 INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE TUTELA	08
2.1 CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS TUTELAS	08
2.2 BREVES NOÇÕES SOBRE A TÉCNICA MANDAMENTAL	10
2.3 A ABORDAGEM DO ART. 461: EXECUÇÃO POR COERÇÃO	14
3 TÉCNICAS DE EXECUÇÃO COERCITIVA NO DIREITO COMPARADO: DELINEAMENTOS NECESSÁRIOS	17
3.1 NOÇÕES DO DIREITO ANGLO-AMERICANO	17
3.1.1 Os Sistemas da <i>Comon Law e Equity</i>	17
3.1.2 <i>Equitable Remedies</i>	21
3.1.2.1 <i>Injunction</i>	23
3.1.2.2 <i>Order of specific performance</i>	25
3.1.3 Considerações sobre o <i>Contempt of Court</i>	25
3.1.4 Breves Conclusões	28
3.2 AS <i>ASTREINTES</i> NO DIREITO FRANCÊS	29
3.3 APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA GERMÂNICO	33
4 MULTA COERCITIVA	36
4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	36
4.2 FIXAÇÃO DA MULTA: OPÇÃO DISCRICIONÁRIA OU DEVER DO JUIZ?	39
4.3 HIPÓTESES E MODOS DE INCIDÊNCIA	41
4.3.1 Deveres Negativos	41
4.3.2 Deveres Comissivos	42
4.3.2.1 Dever de fazer com utilidade em momento único: caráter transeunte do fato	43
4.3.2.2 Deveres fungíveis	44
4.3.2.3 Deveres infungíveis	46

4.4 MULTA E OBRIGAÇÃO PRINCIPAL: DIFERENCIAÇÃO ENTRE MULTA COERCITIVA, CLÁUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS ..	47
4.5 VALOR DA MULTA	49
4.5.1 Adequação do Valor da Multa	53
4.5.2 Alteração de Periodicidade da Multa	55
4.6 COMINAÇÃO DE MULTA <i>PER OFFICIUM IUDICIS</i>	56
4.7 MOMENTO DE APLICAÇÃO DA MULTA	56
4.8 INÍCIO DA INCIDÊNCIA E DURAÇÃO DA MULTA COERCITIVA	57
4.9 MOMENTO DE EXIGIBILIDADE DA MULTA	59
4.10 EXECUÇÃO DO CRÉDITO DA MULTA	61
4.11 BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO DA MULTA	62
5 IMPOSIÇÃO DE MULTA EM FACE DA PESSOA JURÍDICA: A NECESSIDADE DE COERÇÃO DA PESSOA FÍSICA TITULAR DOS PODERES DE COMANDO	64
5.1 ESCLARECIMENTOS INTRODUTÓRIOS	64
5.2 HIPÓTESE DE INEFETIVIDADE DA MULTA COERCITIVA QUANDO IMPUTADA PARA A PESSOA JURÍDICA	65
5.3 MÉTODO DE APLICAÇÃO	67
5.4. A AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	69
5.5. PODER-DEVER DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	73
5.6. A LIÇÃO DE CHIOVENDA: PODER DE COERÇÃO DO MAGISTRADO	74
5.7. TEORIA DA <i>DISREGARD OF LEGAL ENTITY</i>	75
5.8. A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DO <i>CONTEMPT OF COURT</i>	80
5.8.1 Definições Introdutórias: <i>Contempt Power</i> como Poder de Coerção	80
5.8.2 <i>Corporations in Contempt</i> : Aplicação de Medidas Coercitivas em Face dos Dirigentes da Pessoa Jurídica	82
5.8.3 A Lógica da Prisão por <i>Contempt of Court</i> Utilizada na Aplicação da Multa Coercitiva	89
5.9 AS MEDIDAS NECESSÁRIAS DO § 5.º, ART. 461, CPC: HIPÓTESE GENÉRICA DE PERMISSÃO	91
5.10 DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL: A NOVA DISPOSIÇÃO DO ART. 14 DO CPC	91
5.11 A QUESTÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO	94
6 CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	103

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo geral, o estudo da multa coercitiva do artigo 461 do Código de Processo Civil. A importância desse instrumento executivo se vincula intimamente com a tutela processual das obrigações de fazer e não fazer.

Inicia-se o trabalho demonstrando o panorama das tutelas dos deveres de fazer e de abstenção, passando-se, logo após, ao estudo sumário das tutelas executivas no direito comparado. Para o assentamento da base teórica, fez-se mister um breve estudo sobre os provimentos mandamentais em comparação com divisão clássica das sentenças.

Em um segundo momento, como objetivo específico da pesquisa, busca-se compreender a aplicação da multa coercitiva em face de pessoa jurídica, notadamente quando o potencial intimidatório da medida se consuma ineficaz.

Em atenção à necessidade de assegurar efetividade à multa – e ao direito material por ela tutelado, pretendeu-se fundamentar a cominação da medida coercitiva diretamente aos dirigentes da pessoa jurídica, titulares dos poderes jurídicos para dar cumprimento aos provimentos mandamentais.

ABSTRACT

The work studies and discusses, as general object, the coercive fine regulated in the article 461 of Brazilian Civil Procedure Code. The relevance of this enforcement mechanism is directly associated with jurisdictional protections of obligations of doing and obligations to 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.

In essence, the research requested some specific considerations about “mandamental” orders and its comparisons with classic categories of sentences in order to increase its theoretical basis.

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

O presente estudo tem como objetivo geral, o estudo da multa coercitiva do artigo 461 do Código de Processo Civil. A importância desse meio coercitivo se vincula intimamente com a tutela processual das obrigações de fazer e não fazer.

Introduz-se o trabalho demonstrando, de forma consisa, o panorama das tutelas dos deveres de fazer e de abstenção, passando-se, logo após, ao estudo sumário das tutelas executivas no direito comparado (capítulo 3). Para o assentamento da base teórica, fez-se mister um breve estudo sobre os provimentos mandamentais em confronto com divisão clássica das sentenças. Partiu-se, então, no capítulo 4, para o estudo da multa coercitiva, abordando-se sua disciplina na legislação brasileira, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

No capítulo 5, como objetivo específico e nuclear da pesquisa, busca-se compreender a aplicação da multa coercitiva em face de pessoa jurídica, notadamente quando o potencial intimidatório da medida se consuma ineficaz. Tal aspecto se indentifica com o problema a ser solucionado pela pesquisa.

Em atenção à necessidade de assegurar efetividade à multa – e ao direito material por ela tutelado, pretendeu-se fundamentar a cominação da medida coercitiva diretamente aos dirigentes da pessoa jurídica, titulares dos poderes jurídicos para dar cumprimento aos provimentos mandamentais. Por derradeiro, no capítulo 6, expõe-se as conclusões logradas.

1.1 NECESSIDADE DE TUTELAS DIFERENCIADAS: SITUAÇÕES SUBSTANCIAIS CARENTES DE TUTELA

O desenrolar histórico, em cada uma de suas etapas, leva a criação de determinadas doutrinas filosóficas que correspondem a um rompimento com a etapa anterior e a concepção de novas formas de saber. Ao observar-se as transformações

históricas erigidas pelas revoluções burguesas do século XVIII, pode-se elencar certas características que vieram a influenciar, diretamente, a evolução do Direito.

Os ideais do liberalismo acabaram por dar uma nova configuração ao Estado - o modelo ideal de Estado mínimo, com menor influência no âmbito social - e dar sobremaneira relevância à vontade e liberdade do indivíduo. Esses aspectos 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 seu poder econômico, via-se tolhida em sua liberdade face ao regime vigente.

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 a ser observadas e cumpridas, sem resistência. Entrementes, o pressuposto da liberdade individual tornou-se um óbice a exigência de cumprimento do contrato. O ordenamento jurídico formulado não permitia que o sujeito de direito fosse compelido a executar a prestação que se obrigara. A sanção legal no caso de descumprimento teria de recair sobre o patrimônio do obrigado, formulando as bases da incoercibilidade do *facere*. Segundo Ovídio A. Baptista da SILVA, ao analisar o problema da execução das obrigações de fazer, trata-se de questão que remonta a evolução do direito romano eis que o princípio que vigorava no direito romano primitivo e clássico era o da impossibilidade de execução coativa das obrigações de fazer.¹

Da regra do direito romano *nemo ad factum potest cogi potest* o direito francês do século IX exportou para o mundo ocidental o preceito que *toute obligation de faire*

¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 5.ª ed. rev. São Paulo: RT, 2002. v. 2, p.138-139.

ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Por conta disso, a consequência legal do descumprimento da obrigação incidiria sobre o patrimônio do devedor e o Código de Napoleão assim determinava. Conforme 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’”.²

Em face disso, não ocorrendo o espontâneo adimplemento por parte do devedor, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos.

Note-se que, em se tratando de obrigações de dar, a execução forçada promovida pela tutela jurisdicional era cumprida *in natura* porquanto não necessitava da ação pessoal do devedor. Suficiente que o juiz ordenasse a apreensão dos bens necessários a satisfação da obrigação e entregasse ao devedor. Todavia, no âmbito dos deveres que dependessem de ação pessoal do devedor, seja um fazer ou uma abstenção, a concepção liberal arraigada no ordenamento resultava em um grande óbice. Portanto, no tocante às obrigações de fazer “as dificuldades e obstáculos de natureza prática foram sem dúvida mais persistentes e justificados, tendo em vista o princípio segundo o qual a ordem jurídica não deve, sob pena de grave violação da liberdade e da própria dignidade pessoal do devedor, obrigá-lo diretamente a fazer alguma coisa, constringendo-o a praticar ato contra a sua vontade”.³

O direito de então, através do equivalente pecuniário tutelava - ou melhor, concedia uma meia-justiça - o direito do credor nas obrigações de fazer ou não fazer, todavia, e tal constatação já é assente na doutrina, esse tipo de tutela em pecúnia se mostra, na maioria das vezes, incompatível com determinadas situações, notadamente as que envolvem direitos de cunho não patrimonial e coletivos (direito à higidez do

² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **RePro**, São Paulo, n.79. p. 65-76.

³ SILVA, op. cit., p.138.

meio ambiente, direitos autorais, direito a honra, a vida, direito dos consumidores, dentre outros).

1.2 VINCULAÇÃO DO DIREITO MATERIAL AO DIREITO PROCESSUAL

À época do liberalismo, o direito processual era praticamente inexistente como ciência autônoma, apresentando-se como mero apêndice do direito material. Era este quem predeterminava os expedientes instrumentais que correspondiam aos direitos subjetivos de fundo quando descumpridos ou violados. Não se dava ao Poder Judiciário poderes ou liberdade para utilização de técnicas processuais. A técnica processual resumia-se a um processo comum, a ser observado no julgamento das lides e que teria de servir às causas em geral, e as ações especiais eram rigorosamente destinadas a casos típicos que não poderiam ser dirimidos na sistemática do procedimento comum.

Paulatinamente as mudanças histórico-sociais afastaram o eixo central do indivíduo revertendo-o para a sociedade e assim, na passagem do século XX, a existência de interesses sociais reclamavam por um ordenamento jurídico que atendesse às situações substanciais que se viam carentes de tutela, forçando-lhe, destarte, a ampliar seus domínios além do binômio direito público-direito privado.

Tais mudanças históricas culminaram na substituição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social. A idéia fundante de um Estado Democrático acaba por conscientizar que o aparelho estatal não pode limitar-se a elencar direitos fundamentais, mas cumpre a ele efetivar esses direitos.

Em nome de tais concepções, o Estado assumiu a intervenção no âmbito econômico e social para proclamar e fazer respeitar os direitos coletivos e difusos e, para tanto, não podia continuar a valer-se apenas dos procedimentos judiciais elaborados no século XIX, tradição da concepção liberal-individualista.

Lentamente foram surgindo ações de cunho coletivo para instrumentalizar direitos até então nem sequer conhecidos da ordem jurídica tradicional, como os

direitos indivisíveis da comunidade, isto é, da sociedade como um todo. Ao mesmo tempo se ampliava a ordem jurídica material para agasalhar os direitos transindividuais ou coletivos, e concebiam-se novos procedimentos judiciais que pudessem lhes dar cobertura quando necessário fosse discuti-los em juízo.

A percepção acerca das inúmeras situações substâncias carentes de tutela impôs aos operadores do direito processual a conscientização de que o processo teria o papel de instrumento tutelar da cidadania. O direito de ação se amplia em relação ao mero conceito de ser o meio do indivíduo reagir contra a violação do direito subjetivo e passa a configurar o direito cívico de acesso à justiça, como uma das garantias fundamentais do moderno Estado Democrático de Direito. A adequada tutela jurisdicional e o acesso à justiça passam a ser garantias da ordem social e da realização dos valores condensados na ordem constitucional.

O processo não se limita a ser instrumento da "justa composição da lide", compromete-se com o princípio do *due process of law*, seja no plano formal ou material⁴. A atividade jurisdicional a ser cumprida através do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de efetividade, ou seja, à perseguição de resultados que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios. A partir dessas premissas que configuram novo posicionamento institucional, insinuou-se e se fez prevalecer a teoria das tutelas diferenciadas, fundadas no processo civil de resultados.

Frise-se que a primordial preocupação dessa nova visão da tutela jurisdicional é não só a de criar novos procedimentos como criar, sempre que possível, uma gama de alternativas que permita, conforme as conveniências da parte e de seu caso, contar com mais de uma via processual à sua disposição; e que dentro de um mesmo procedimento, seja possível inserir-lhe instrumentos de aceleração e reforço de efeitos, objetivando proporcionar ao direito material da parte a mais adequada e efetiva tutela conforme as peculiaridades de cada situação.⁵

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina. p.487-488.

⁵ CANOTILHO, ob. cit., p. 494.

Ao falar-se em tutelas diferenciadas se busca exprimir a idéia de tutelas que se prestam a valorizar o processo de resultados, no qual o compromisso maior da atividade jurisdicional é com a efetividade do processo. Para ser efetivo, o processo deve se basear em um sistema que garanta a quem tem razão uma situação jurídica igual à que ocorreria na hipótese do normal e tempestivo cumprimento da obrigação.

Não se pode prescindir do fato de que o processo é um instrumento de efetivação do direito material e, em face disso, com ele deve manter estreita vinculação. Por conta disso, a técnica processual deve evoluir de acordo com o aparecimento de situações substanciais que demandam por tutelas adequadas. Conforme Arruda ALVIM, “a tutela diferenciada deve ser compreendida a partir de uma reaproximação entre direito e processo. Ou, ainda, configura-se o instituto processual especificamente em função de dada situação de direito material”.⁶

Ao analisar a grande discussão acerca das tutelas executivas das obrigações fazer e não fazer na doutrina italiana, Michele TARUFFO aponta a existência de uma tendência difusa na doutrina italiana de entender o problema das tutelas executivas adstritos a técnica processual, sem levar em consideração as situações substanciais carentes de tutela. O autor condena tal posicionamento, considerando que isso ocasiona a subtração da temática de execução de todas as considerações em termos de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos⁷.

⁶ ALVIM, Arruda. **Obrigações de fazer e não fazer - Direito material e processo**. In TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001. p.70.

⁷ TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. Trad. de Teresa Celina Arruda Alvim Pinto. **RePro**, São Paulo, n. 59, 1990. p.73. Afirma o professor italiano que “é necessário sobretudo que se tenha consciência de que não se trata de um problema de mera técnica processual, típico de nosso ordenamento. Este, ao contrário, representa desde há muito, tanto no ordenamento italiano como em outros, uma prova de fogo da capacidade dos instrumentos jurisdicionais para assegurar uma tutela eficaz dos direitos, não limitada, evidentemente, à sua mera afirmação deste por parte do Juiz. Deste ponto de vista, se trata, evidentemente, de um problema de grande complexidade, pois que as diversas maneiras de conceberem as formas de tutela executiva espelham a individuação das situações substanciais, efetivamente tuteláveis e, por outro lado, condicionam, enquanto remédios executivos, devendo adaptar-se às necessidades de atuação conexas às várias situações substanciais.

1.3 TUTELA DOS DEVERES DE FAZER E DE ABSTENÇÃO

Coroando o posicionamento moderno da doutrina processual, a reforma de 1994 instituiu nova técnica para execução referente aos deveres de fazer e de abstenção. Cumpre 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.⁸

A mudança resultou da 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 a liberdade ou a 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.

Os provimentos judiciais que concedem a tutela específica, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil, veiculam ordem ao demandado. Há a direta determinação de que o réu cumpra o fazer ou a abstenção objeto do dever pretendido pelo autor. A nova via proporcionada pelo artigo 461, objetiva o resultado que se teria caso houvesse, por parte do demandado, a conduta esperada. Ademais, não se cinge a autorizar o emprego de meios que substituem a conduta do réu, porém, mais do que isso, eles são aptos para ordenar que o próprio réu adote o comportamento devido. Trata-se de coerção psicológica exercida pelo Estado-juiz em face do obrigado, materializada em multas coercitivas, para que ele mesmo cumpra a obrigação de fazer ou não fazer.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.219.

2. INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE TUTELA

2.1 CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS SENTENÇAS

A presente abordagem acerca da tutela mandamental procura demonstrar como esta técnica, com respaldo no art. 461 do CPC, tutela os deveres de fazer e não fazer. Conforme verificar-se-á, por meio deste provimento o juízo veiculará ordem ao réu cumulada com a multa coercitiva, tendo em vista à satisfação dos deveres de fazer e não fazer.

Existem várias formas de se classificar as tutelas jurisdicionais, uma delas concerne às diferentes maneiras de proteger o direito subjetivo. Neste sentido, poder-se-ia reduzir as várias necessidades de proteção dos direitos subjetivos em três modalidades⁹:

- a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito;
- b) necessidade de alterar a situação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo;
- c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo.

O remédio processual para a necessidade “a” se dá pela eliminação da incerteza mediante emissão de uma declaração de certeza. Trata-se da tutela jurisdicional denominada declaratória.

À segunda necessidade corresponderá uma tutela constitutiva, que alterará a situação jurídica entre dois sujeitos, criando, extinguindo ou modificando o conteúdo de determinado direito subjetivo.

Em “c”, a devida tutela jurisdicional será aquela que produz resultado prático igual à realização espontânea do respectivo. Na perspectiva de Marcelo Lima GUERRA, vai tratar-se da tutela executiva em caráter geral.¹⁰

⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção dos credores na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p.18.

¹⁰ GUERRA, op. cit., p.48-60.

Na classificação tripartida, ao lado das sentenças declaratória e constitutiva, há a sentença condenatória que visa constituir o título executivo, autorizando a execução através de outro processo (executivo, mediante medidas sub-rogatórias), que submete o devedor aos atos expropriatórios efetuados pelo Estado, independentemente de sua atuação.

Fundamental é compreender que a classificação clássica das sentenças acaba por gerar situações substanciais carentes de tutela. Aduz-se a incompletude de proteção que a sentença condenatória proporciona porquanto se exige que os atos materiais executivos, ocorram em outro processo. Em outras palavras, a tutela condenatória não satisfaz o direito subjetivo que demanda proteção, só presta, de fato, para constituir o título executivo e remeter a solução para uma etapa posterior - o processo executivo.

Em contrapartida a esse posicionamento, há os que entendem que as sentenças poderiam veicular cinco eficácias, assim, acrescenta-se as supramencionadas, as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

Sobre esta última vale expor a explicação de MARINONI ao afirmar que os art. 461 do CPC e 84 do CDC criaram “uma técnica que pode ser dita executiva, já que permitem que as medidas executivas sejam determinadas na sentença e implementadas independentemente da propositura da ação de execução”.¹¹ Leciona Sérgio Cruz ARENHART que “o provimento executivo *lato sensu* vai além da ordem (podendo, inclusive utilizá-la), para realizar o direito concretamente, mesmo sem a colaboração do sujeito passivo da prestação de fato”.¹²

Note-se que o citado autor opõe-se ao entendimento que concebe a existência de cinco tutelas jurisdicionais, ou, da classificação quántupla das eficácias das sentenças, a saber: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000. p.77.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo:RT, 2003. p.98.

2.2 BREVES NOÇÕES SOBRE A SENTENÇA MANDAMENTAL

O provimento jurisdicional que concede a tutela específica referente aos deveres de fazer e não fazer e, após a segunda fase da reforma processual, de entregar coisa, possui natureza mandamental ou executivo *lato sensu*.

No tocante ao tema, cabe apreciar a seguinte lição de DINAMARCO:

A sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação ordinária - e portanto é também uma condenação. A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se exacerba o fator comando, ou mandamento. Na ordem positiva brasileira têm esse teor as sentenças concessivas de mandado de segurança e as que condenam por obrigações de fazer ou não-fazer, seja no sistema do Código de Processo Civil (art.461), seja do Código de Defesa do Consumidor (art.84)¹³

Para PONTES DE MIRANDA, considerado o precursor de tal doutrina no processo pátrio, a “ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”.¹⁴

Afirma o jurista ao tratar da ação mandamental típica que esta “supõe que o juiz decida após exame dos elementos contenciosos, e de tal modo se considere baseada, acertadamente, a sua decisão, que ele possa mandar.”¹⁵

Ao desenvolver uma teoria da ação mandamental, Ovídio A. Baptista da SILVA traça um paralelo com raízes interditais romanas da ação mandamental. Explica que as ações mandamentais têm sua origem nos interditos romanos e que por meio desta tutela jurisdicional “o pretor romano não condenava, mas, ao contrário, ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa”¹⁶.

¹³ DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2002. v.III, p. 242-243.

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1976. t.IV. p. 7.

¹⁵ MIRANDA, op. cit., p. 8.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 336.

Assim preceitua Ovídio Baptista da SILVA:

A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento¹⁷.

Ressalte-se que para compreender o pensamento de PONTES DE MIRANDA, não se pode olvidar que sua classificação das sentenças toma por base o elemento eficaz preponderante - a "força da sentença" - já que todas elas possuem pesos diferentes de eficácia. No tomo VI do Tratado das ações o jurista vai indicar as eficácias da ação mandamental, demonstrando que nesse tipo de ações o que avulta é a ordem dotada de *imperium* para que se cumpra imediatamente. Veja-se que para o autor há "o direito, a pretensão e a ação, para, no plano processual, se obter o mandado. O mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou alguma pessoa física ou jurídica."¹⁸

Conforme TALAMINI, as sentenças mandamentais "contêm uma ordem para o réu, a ser atendida sob pena de se caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de desobediência".¹⁹

O que há de relevante é que a tutela mandamental na maioria das vezes vem acompanhada da imposição de alguma medida processual de coerção, como a multa, ademais, seu descumprimento configura desrespeito à autoridade estatal (crime de desobediência que poderá resultar em sanções penais e administrativas). Há o duplo

¹⁷ SILVA, op. cit., p. 336.

¹⁸ MIRANDA, op. cit., p. 7.

Afirma o autor que: "As ações mandamentais típicas têm 4 de declaratividade, 3 de constitutividade, 2 de condenatoriedade, 5 de mandamentalidade e 1 de executividade. Todas as sentenças, quaisquer que sejam as ações, podem ser sobre o mérito, ou apenas de extinção da relação jurídica processual. Aqueles juristas que afastam a classe das ações mandamentais erram palmarmente; mais ainda, os que vêem, no julgamento do mérito, quaisquer que sejam as ações, mandamento." (MIRANDA, op. cit., p.7).

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art.461; CDC, art.84.** São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 191.

efeito do meio coercitivo pois ao servir de medida de induzimento para o réu, presta para afirmar a autoridade do poder jurisdicional.

Na lição de Edson Ribas MALACHINI, levando em conta o exemplo do mandado de segurança, a pretensão “com a propositura da ação não é a declaração, a constituição positiva ou negativa (= desconstituição) ou a condenação da autoridade; a verdadeira e essencial finalidade da ação é a *ordem* dada pelo Juiz a tal autoridade para que pratique o ato, cuja omissão viola o direito líquido e certo dele, ou para que se abstenha de praticar ato violador.”²⁰

A essência do provimento mandamental está na ordem emanada da autoridade jurisdicional para cumprimento imediato, preceito que revela o *imperium* do Estado-juiz. Não se trata de mera ordem, mas de ordem legítima eis que advinda de um órgão estatal com atribuições e poderes constitucionais. O Poder Judiciário tem sua atuação pautada em deveres-poderes constitucionais e na necessidade de se atender as demandas postas ao seu crivo.

Nesse sentido, cumpre citar as palavras de TALAMINI quando destaca que “o aspecto essencial do provimento em exame não reside tanto em fazer-se acompanhar da medida processual de coerção, mas em vincular uma ordem diretamente voltada à parte.”²¹ E, em última análise, o que confere força coercitiva ao provimento mandamental é “a previsão de que seu descumprimento caracterizará afronta à autoridade, juridicamente censurável (pouco importando se a repreensão tem caráter administrativo, penal ou estritamente processual)”²². Mas muito além disso, a tutela mandamental tem o condão de conceber efeitos no plano material, trata-se de atuação concreta que não se limita ao plano normativo.

Acerca da concepção deste tipo de ações, assevera DINAMARCO que não existem sentenças exclusivamente mandamentais. Segundo o autor, a mandamentalidade nunca vai excluir a eficácia condenatória. Conclui, portanto, que

²⁰ MALACHINI, Edson Ribas. A eficácia preponderante das ações possessórias. *RePro*, São Paulo, n. 71. p.20.

²¹ TALAMINI, op. cit., p.191.

²² TALAMINI, op. cit., p.191-192.

existem sentenças condenatórias puras e sentenças condenatórias mandamentais, sendo que a eficácia do mandamento dar-se-á nos casos em que o legislador entendeu adequado, orientado pela promoção de rapidez e agilidade na efetivação da sentença. A implicação disso dar-se-á no plano da execução, da efetivação da decisão do juízo haja vista que nas sentenças condenatórias puras se conta inicialmente com o cumprimento voluntário do obrigado e caso isso não ocorra haverá de se instaurar o processo de execução; por outro lado, as sentenças condenatórias mandamentais - que igualmente contam com o cumprimento voluntário - permitem que antes do processo de execução (e, mesmo sem ele), se pressione o obrigado a cumprir.²³

Parece plausível a concepção de DINAMARCO e também de Marcelo Lima GUERRA, pois o provimento com eficácia mandamental ou executiva *lato sensu* terá como escopo a atuação de algo que já se encontra devidamente decidido. Vale dizer, quando uma situação é posta sob análise do Poder Judiciário e trata-se, por exemplo, de obrigação de fazer - A afirma certo direito em face de B -, antes de emitir qualquer ordem (provimento mandamental) ou substituir a vontade do obrigado no mesmo processo (executiva *lato sensu*), o julgador terá que declarar o direito e, além disso, deverá afirmar que B deve algo (que está “condenado” a prestar algo para satisfazer o direito subjetivo de A), ou seja, o julgador afirma um “dever ser” e, com base nisso, efetiva sua decisão, seja através de ordem, seja através de medidas de apoio que substituam a conduta do obrigado. Por conta disso, DINAMARCO apresenta as sentenças mandamentais como espécie de sentença condenatória, aliás salienta o autor que “primeiro tentam-se as medidas de coerção psicológicas autorizadas pela eficácia mandamental da sentença, depois se vai ao processo executivo se aquelas não tiverem sido suficientemente eficazes. Isso não seria possível se tais sentenças não tivessem também a eficácia de condenação por que, como é notório, das sentenças somente a condenatória é título para a execução forçada (art.584, I)”.²⁴

Em contraposição a tal entendimento, explana MARINONI:

²³ DINAMARCO, A reforma..., p. 230-231.

Em contraposição a tal entendimento, explana MARINONI:

*“É importante sublinhar que a doutrina italiana tradicional afirma que o devedor, após a sentença condenatória, continua apenas civilmente obrigado. Para a doutrina que formulou o conceito de sentença condenatória, a qualidade da relação obrigacional entre as partes não se altera após a coisa julgada material; ou, em outros termos, o devedor que não satisfaz o julgado não comete desobediência alguma suscetível de imposição de multa ou de outra medida coercitiva. Melhor explicando: a sentença condenatória não pode abrir oportunidade à imposição de multa porque o devedor que não observa a sentença condenatória não comete insubordinação à autoridade judicial. É por essa razão a diferença entre a sentença condenatória e a sentença mandamental”.*²⁵ [destaque no original]

É, deveras, importante esclarecer que, inobstante as divergências doutrinárias acerca da ação mandamental, o subscritor do presente estudo se filia aos que aceitam tal provimento e, para fins de tal trabalho, importará identificá-lo como o provimento que mediante ordem, geralmente cumulado à multa coercitiva, concede a tutela específica referentes aos deveres de fazer e não fazer, sendo efetivados no próprio processo, ou seja, o comando contido na decisão de natureza mandamental produz seus efeitos externamente ao processo, em favor do titular do direito material, já no processo de conhecimento, independentemente de execução autonomamente instaurada.

2.3 A ABORDAGEM DO ART. 461 DO CPC: EXECUÇÃO POR COERÇÃO

A intenção de abordar-se a técnica mandamental ocorre pois o novo art.461 abre caminho para identificar-se dois sistemas executivos no processo civil, quais sejam:

- a) a execução forçada, conhecida pelo processo de execução e que compreende os meios sub-rogatórios que prescindem da atuação do devedor;
- b) execução por coerção, a que age sobre a vontade do devedor convencendo-o de cumprir o dever que lhe cabe.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 2.^a ed . São Paulo: Malheiros, 2002. p.68-69.

Em face disso constata-se que ao se verificar o inadimplemento “é que se ativam os meios processuais destinados a propiciar ao credor os bens ou situações a que ele tem direito, fazendo-se isso (a) por meio das pressões psicológicas que impõem ao devedor um verdadeiro dilema entre adimplir ou suportar pesados agravamentos de sua obrigação, ou (b) mediante imposição das medidas de sub-rogação integrantes do processo de execução forçada.”²⁶

Este parece ser o entendimento de grande parte da doutrina italiana pois, nas palavras de Francesco Paolo LUISO, “ao inadimplemento do obrigado se pode reagir, em sede jurisdicional executiva, com a execução indireta e com a execução direta”.²⁷

No mesmo sentido informa CHIARLONI, no tocante ao direito italiano, que as técnicas de execução passaram por grande inadequação por vários aspectos, “seja sob o ponto de vista da carência de um sistema de meios de execução indireta, seja (...) sob a ótica de uma insuficiente extensão do sistema clássico de execução por sub-rogação, relativamente ao qual, além da insuficiente regulamentação, pesa uma tendência tradicional de interpretação restritiva da norma existente, sobretudo em matéria de obrigação de fazer e não fazer”.²⁸

Conforme DINAMARCO, tanto a reforma processual de 1994, que institui o artigo 461 do CPC, quanto à nova reforma operada pela Lei 10.444/2002 conferem ao aludido dispositivo a qualificação de estatuto da tutela referente às obrigações de fazer e não fazer, sendo capaz de abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida

²⁶ DINAMARCO, A reforma..., p. 224

²⁷ LUISO, Francesco Paolo. **Diritto Processual Civile**, Milano: Giuffrè, 1997. v. III apud GUERRA, op. cit., p.38.

Conforme original: “All iadempimento dell’obligato si può reagire, in sede giurisdizionale esecutiva, con l’escusione indiretta e con l’esecuzione diretta.”

²⁸ CHIARLONI, Sergio. *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.3, 1988. p. 756.

No original: “...le tecniche di attuazione dei diritti soffrono nel nostro Paese di gravi inadeguatezze, sia sotto il profilo della mancanza di un sistema di misure de esecuzione indiretta, sia (e soprattutto, secondo il mio avviso) sotto il profilo di una insufficiente estensione del sistema classico dell’esecuzione per surroga, relativamente al quale, oltre all’insufficienza della regolamentazione, pesa una tendenza tradizionale all’interpretazione restritiva delle norme esistenti, soprattutto in materia di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare”.

vida das pessoas, quer de origem legal, quer contratual. Tal alteração vincula-se à incorporação no sistema processual brasileiro da ação mandamental.²⁹

Note-se que, fulcrado na necessidade de se conceder tutelas adequadas e efetivas, ao se conceber o provimento mandamental houve o desejo de que ele não ensejasse um processo subsequente (de execução, disciplinado no Livro II do CPC). Esse provimento será efetivado por meios coercitivos (notadamente a multa) que induzirá o próprio obrigado, a acatar a ordem que lhe foi dirigida. Portanto, no aspecto prático, importa saber que o provimento mandamental, em regra, efetiva-se no processo em que se profere a sentença.

O sistema concebido pelo art. 461 do CPC utiliza-se da execução por coerção e não por sub-rogação vez que age sobre a vontade do obrigado, sem prescindir dela. Todavia, para efetivar-se as decisões, identifica-se duas técnicas distintas, a saber:

- a) o convencimento do obrigado mediante utilização de meios indutivos-coercitivos que demonstrem que cumprindo o dever obterá mais vantagens (ou pelo menos será menos gravoso).
- b) prescindindo da vontade do obrigado, efetiva-se os resultados impostos na sentença.

Limitar-se-á, para fins deste trabalho, ao estudo da multa coercitiva. Portanto, a técnica de persuasão concentra-se na cominação de multa pecuniária.

²⁹ DINAMARCO, A reforma..., passim.

3 TÉCNICAS DE EXECUÇÃO COERCITIVA NO DIREITO COMPARADO: DELINEAMENTOS NECESSÁRIOS

A pretexto de formular a base teórica para compreensão da atuação coercitiva dos deveres de fazer e não fazer, necessário se faz a observância das contribuições do direito alienígena. Vale esclarecer que o estudo limitou-se a análise de figuras que se demonstraram vinculadas ao tema - seja pelas semelhanças, pelo aspecto hermenêutico ou por compreender contribuições e alternativas para o aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro.

A análise comparatística permite vislumbrar a ligação entre situações materiais tuteláveis e seus remédios processuais nos diferentes sistemas, por conseguinte, poder-se-á depreender como as formas e técnicas de execução prestam para a atuação coercitiva dos direitos.

3.1 NOÇÕES DO DIREITO ANGLO-AMERICANO

3.1.1 Os Sistemas da *Comon Law* e *Equity*

Ao analisar-se o sistema da *common law* importante que se exponha o seu panorama histórico e evolutivo. Iniciando-se esta concisa incursão histórica vale lembrar que a região da antiga Britânia fez parte do mundo romano, de tal sorte que grande parte dos costumes foram adotados e, por certo tempo, o direito romano foi o direito vigente na região. Todavia tal sistema não permaneceu implantado por muito tempo por conta das invasões dos bárbaros anglo-saxões e de outros povos que ali permaneceram até que no ano de 1606 a região foi conquistada pelos normandos que impuseram a dominação feudal.

É neste momento que se inicia a formação do *common law*. Os normandos não possuíam um direito evoluído e, a despeito da dominação política, deixaram subsistir na generalidade o direito anglo-saxão. O sistema jurídico esteve, nesta fase histórica, completamente desvinculado do direito romano. Note-se que o antigo direito anglo-

saxão já havia incorporado algumas influências romanísticas³⁰ e sem embargo, o direito vigente pode ser separado em tronco diverso do direito romano. Toda a diversidade gerada pelas várias confluências culturais formaram um contexto de repugnância pela lei que é coeva da formação do Reino.

Em face dessa ausência de normatização - até por que os normandos não se preocuparam em legislar - foi nas decisões dos tribunais que se buscou a formulação do direito. Afirma José de Oliveira ASCENSÃO que “a autoridade do tribunal não se justifica por um poder de criar o direito: considera-se que o que o tribunal diz é, para além da solução do caso, a revelação do direito existente. Paralelamente, o que não for aceito pelos tribunais dificilmente poderá ser tomado como direito”.³¹ Ora, se a sentença judicial revela o direito, os julgados ao gerarem precedentes tinham a tendência a tornarem-se fonte do direito.

O reconhecimento da existência do poder real em detrimento dos senhores feudais foi um processo gradativo. Os senhores feudais responsabilizavam-se pela administração da justiça, aplicando o direito consuetudinário local no âmbito de seu feudo. Aos poucos, com a identificação do Estado enquanto ente soberano e, portanto, da jurisdição real, os súditos encetaram demandar à autoridade real para solução dos conflitos existentes. Conforme TALAMINI, o caso passava pelo crivo da autoridade real e, sendo verificado a necessidade de tutela, emitia-se um *writ* (ordem para autoridade real local adotar as providências necessárias).³²

Estes *writs* que em um primeiro momento eram flexíveis, podendo ser adaptados as variadas situações concretas passaram ter formas e fins fixos. Paulatinamente, tendo em vista a consolidação da formalidade e a taxatividade das hipóteses de cabimento dos *writs*, várias situações fáticas ficaram carentes de tutela.

³⁰ Seja a conversão do povo ao catolicismo ou, também, em relação ao direito. Neste sentido TALAMINI afirma que “a influência do direito romano já se fazia notar pela própria configuração de determinados *writs* como medidas de segurança sumária, passíveis de concessão liminares - claramente inspirados nos *interdicta romanos*.” (TALAMINI, op.cit., p. 80).

³¹ ASCENSÃO. José de Oliveira. **As fontes do direito no sistema jurídico anglo-saxão**. Lisboa: Lael, 1974. p. 23.

³² TALAMINI, op. cit., p.83.

De acordo com ASCENSÃO, o problema gerado está na rigidez do sistema normativo. Se determinado precedente era considerado de grande valia passava a ser uma orientação rígida, tornando difícil qualquer adaptação.³³

Abordando tal problemática TALAMINI enumera certas limitações ao sistema da *common law*, entre eles a aplicação em um número taxativo de hipóteses e o caráter indenizatório da tutela *at law*.³⁴ Com a rigidez formada pelo reforço da autoridade dos precedentes, os tribunais passam a perder a faculdade de julgar segundo os princípios da equidade e se cingiram a julgar conforme a *common law*.

Assevera o autor que “a partir do séc XIV, deu-se um fenômeno semelhante àquele que havia propiciado o surgimento da *common law*. Os particulares desamparados pela *common law* passaram a recorrer diretamente ao rei, pedindo-lhe que apreciasse o caso conforme sua consciência e lhe desse solução adequada. De início, o pleito passava pelo chanceler, então um eclesiástico, que apreciava a questão especialmente sob a ótica do direito canônico e, caso, julgasse oportuno, a transmitia ao rei e seu conselho”.³⁵

Com isso, as partes que, por conta do formalismo da *common law*, não tivessem acesso às Cortes Reais (tribunais da *common law*) e a um julgamento *at law* tinham a possibilidade de dirigir-se ao rei.

O aparecimento dos tribunais de *equity* se liga aos poderes de livre jurisdição do rei. Na generalidade ele os tinha perdido em favor dos tribunais do *common law*, mas os poderes residuais que lhe ficaram permitiram a certa altura esta nova forma de atuação.

Note-se que o rei tinha jurisdição extraordinária e o chanceler, ocupando posição de conselheiro do rei lhe cabia assisti-lo no exercício da jurisdição. Nos fins do século XV a chancelaria se tornou independente em relação àquelas entidades, no plano jurisdicional, passando a ser um tribunal autônomo - tribunais de *equity*. Cabia à

³³ Afirma ASCENSÃO que a “rigidez era tanto mais grave quanto é certo que a ordem jurídica correspondia a um sistema feudal e estava imbuída de grande formalismo”. (ASCENSÃO, op. cit., p. 24).

³⁴ TALAMINI, op. cit., p. 82.

³⁵ TALAMINI, op.cit, p. 82.

chancelaria a outorga dos *remedies* extraordinários, que supriam a deficiência dos provimentos do direito comum.

Conforme Rene DAVID, “o Chanceler, por outro lado, em vez de procurar em cada caso o que a equidade exigia, acabou definindo 'regras de equidade' (*rules of equity*) de acordo com as quais examinaria as petições que lhe eram dirigidas e julgaria os diferentes casos-tipos a ele submetidos.”³⁶

A evolução do direito anglo-americano revela algo fundamental na distinção com o sistema do direito continental europeu: a posição do magistrado.

O surgimento dos tribunais de *equity*, a possibilidade de se julgar segundo a consciência e discricionariedade exigida pelo caso concreto, o poder de *imperium* na execução de suas ordens, acabaram concedendo ao juiz do sistema anglo-americano uma posição atuante e criativa face às necessidades reais. Em contraposição, o juiz do sistema continental europeu e latino-americano - como revela MERRYMAN³⁷ citado por Ovídio Baptista da SILVA- é um servidor público, com a modesta função de declarar a lei aplicável.

Esboçando um paralelo entre os dois sistemas, e levando em conta as raízes romanísticas, poder-se-ia arrazoar que o magistrado no sistema anglo-americano descende do pretor, enquanto o juiz do sistema romano-canônico se cinge a desempenhar as funções do *iudex* privado. Adentrando o âmbito das tutelas, depreende-se que por meio dos interditos o pretor romano não condenava, mas ordenava ao réu que tomasse determinado comportamento. Os interditos eram remédios que o pretor valia-se para proteção de interesses, geralmente, de natureza pública. As *actiones* vinculavam-se as obrigações e eram apreciadas pelo *iudex*

³⁶ DAVID, René. *O Direito Inglês*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 8.

Certos casos em que a *common law* não dispunha de capacidade para resolver - como o *trust*, contrato próximo do negócio fiduciário em que um indivíduo transfere a propriedade de bens a outro, para que este (*trustee*) os explore em benefício de terceiro - o Chanceler intervinha; ele enviava uma ordem judicial ao *trustee* e impunha-se sob pena de prisão, ser fiel à sua promessa. Note-se que, neste caso, trata-se de ordem para cumprimento da obrigação na forma específica.

³⁷ MERRYMAN, John. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. mexicana, 1979 apud SILVA, op.cit., p.338 *et seq.*

privado, sem *iurisdictio*. De forma sintética, a atuação do *iudex* se limitava a declarar direitos, permanecendo no plano normativo. Por outro lado, a ordem do pretor adentrava a seara dos procedimentos com efeitos no plano material.

São dignas de menção as palavras de Ovídio Baptista da SILVA, no seguinte esclarecimento:

Enquanto o juiz privado (*iudex*) de procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário - já nas fases de desagregação do Império Romano - limitavam-se a produzir sentenças meramente declaratórias do direito controvertido na causa, posto que a *condemnatio*, tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que simples declaração (...), o *praetor* romano, através dos interditos, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, como a *missio in possessionem*, seja ordenando prática ou a abstenção de certos atos ou de determinados comportamentos.³⁸

Em última análise, a comparação entre a posição do magistrado nos dois sistemas permite concluir que o juiz continental-europeu e latino-americano tem sua atuação limitada tanto no aspecto criativo quanto no seu poder de *imperium*. Em razão disso, o julgador se encontra de mãos atadas para tutelar muitos direitos.

Adiante, buscando evidenciar as soluções do sistema anglo-americano, poder-se-á perceber como os *remedies* funcionam no tocante à tutela dos deveres obrigacionais ou legais.

3.1.2 *Equitable Remedies*

Por conta do rigor e dos limites do sistema da *common law* nasceu a necessidade de um sistema complementar que recebe o nome de *equity*. A razão essencial da *equity* está na oportunidade de fornecer *remedies*, a situações não tuteláveis *at law*.

Remedy é uma forma da Corte assegurar a observância de um direito derivado de um processo. Os *remedies* se enquadram em uma das três categorias gerais, a saber:

³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.^a ed. rev., São Paulo: RT, 1997. p. 8.

- a) *damages*: compensação pecuniária para as perdas ou prejuízos sofridos pelo autor ou também medidas restitutivas que visam reestabelecer o *status quo* anterior a violação dos direitos do autor.³⁹
- b) *coercive remedies*: requerem a parte que faça ou abstenha-se de fazer determinado ato através de *injunctive relief* ou uma *order of specific performance*, que ordenam o cumprimento específico.
- c) *declaratory judgement*: o juízo determina o direito individual em um determinado caso sem contemplar eventuais danos, também não há ordem de fazer ou não fazer, há, simplesmente a declaração dos direitos das partes ou, também, declara-se o entendimento do juízo em determinada questão, sem nada ordenar. Trata-se de tutela muito utilizada nas discussões sobre propriedade intelectual, muitas vezes o inventor (*patentee*) requer a tutela para que a Corte declare se houve não violação de patente (*patent infringement*).

Devido a sua origem histórica os *monetary damages* são freqüentemente considerados como *legal remedies* enquanto os *coercive* e *declaratory remedies* são tidos como *equitable remedies*.

Os demandantes podem ser também tutelados através de *provisonal remedies* quando a Corte utiliza seu poder discricionário (*discretionary power*) para prevenir eventuais prejuízos que possam surgir durante o andamento do processo. Entre tais *remedies* se encontram alguns tipos de *injunctons*, como a *temporary injunction* ou *interlocutory injunctions*. Perceba, nesse aspecto, que o juiz norte-americano dispõe de um grande poder discricionário que o autoriza a lançar mão de ampla série de medidas para tutelar o direito em apreciação.

³⁹MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. *Contempt of court bench book - Revised Edition*. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000. p. 37. Confira a explicação: "*Where the contempt consists of the violation of an injunction, damages are limited to the injury caused by the violation.*".

3.1.2.1 *Injunction*

A definição desta espécie de *remedies*, pode ser posto nos seguintes termos: a *injunction* é um *writ* emanado de um tribunal de *equity*, mediante pedido do autor e dirigido ao réu, ou para a parte que venha a ser réu em determinado caso, proibindo de fazer algum ato, ou de permitir que seus empregados ou agentes pratiquem determinado ato, que está ameaçando ou tentando executar, ou inibindo (limitando) o réu de continuar o ato que já está praticando, e tal ato configurando-se injusto e incorreto, ofensivo ao autor e que não pode ser tutelado *at law* (por uma ação nas *courts of law*).⁴⁰

A este respeito, destaca Michele TARUFFO que a *injunction* será “uma ordem para fazer (*mandatory*) ou de não fazer, ou de cessar um comportamento lesivo (*prohibitory*), que pode ter natureza cautelar ou definitiva, mas que tem como marcante a característica de adaptar-se, no seu conteúdo específico, a uma situação qualquer carente de tutela”.⁴¹

No mesmo sentido há a formulação de Molina PASQUEL, afirmando que “a *injunction* visa impedir a prática de um ato que se ameaça executar ou a continuação de um ato que se está executando”.⁴²

Vale a pena sublinhar que a *injunction* compreende um procedimento judicial que opera *in personam* e pelo qual se requer àquele a quem se dirige a fim de que faça ou se abstenha de fazer alguma coisa em particular.

⁴⁰ BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing, 1968. p.923. Versão original: “A prohibitive writ issued by a court of equity, at the suit of a party complainant, directed to a party defendant in the action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter to do some act, or to permit his servants or agents to do some act, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately redressed by an action at law.” Note-se que no início texto ora reproduzido quando se usa o termo “*writ issued*” o significado na língua inglesa é que o *writ* está entregue a um oficial com a intenção que seja servido para seu propósito.

⁴¹ TARUFFO, op. cit., p. 59.

⁴² PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**, 1ª ed. México, 1954. p. 70.

Pode ser aplicado, como exemplo, quando um autor reclama que um editor está distribuindo livros, violando seu direito autoral. Se o autor demonstrar adequadamente suas alegações, o juiz ou tribunal ordenará que o editor não mais distribua aqueles livros. Se assim mesmo o editor continuar, estará violando a ordem do juízo e configurará o *contempt of court* e, por conta disso, poderá o réu ser multado ou preso.⁴³ A ordem proibitiva representa a *injunction* que no exemplo acima funcionará inibindo o ato contrário ao direito. Infere-se, por conseguinte, a grande semelhança com a tutela mandamental haja vista que as *injunctions*, da mesma forma, veicularão ordens dos tribunais exigindo um fazer ou uma abstenção,

Outra figura semelhante a *injunction* é o *inhibitor* (inibitória), se trata de uma proibição que a lei determina ou que um juiz ordena a alguém. No Direito Escocês corresponde a uma espécie de diligência ou um processo mediante o qual o devedor é proibido de contrair débitos que possam se tornar um encargo nos bens (*heritable property*) em prejuízo dos seus credores, ou proibindo qualquer ato de alienação em prejuízo do credor.⁴⁴

Injunction é uma ordem do juízo que manda um litigante fazer ou abster de praticar determinado ato, como não se opor a um *money judgement*. Por exemplo, uma *injunction* pode ser obtida para prevenir que uma pessoa que desrespeitou direitos autorais (*copyright infringer*) de incorrer novamente no ilícito, reimprimindo ou falsificando materiais protegidos pelo registro de direitos autorais (*copyrighted materials*); em divórcios há freqüentemente ordens impeditivas - uma forma de *injunction* - solicitando a ambas as partes que deixem a outra sozinha, sem perturbações. Como outro exemplo, têm-se as *injunctions* que impedem uma das partes de fazer ou permitir que outros que estão sob seu controle façam certos atos que sejam

⁴³ EMANUEL, Steven L. **Civil Procedure**. 18 ed. Larchmont: Emanuel Publishing, 1996-1997. p. 305.

Conforme o original: "P, an author, claims that D, a publisher, is distributing a book that violates P's copyrights. If P can establish that is true, the court will "enjoin" D from making any further distribution of the book. That is the court will issue an order telling D not to distribute. If D violates the order, D will be in contempt of court, and can be fined or sent to prison" .

⁴⁴ BLACK, **Black's Law Dictionary**. p. 922.

injustos ou abusivos em relação à outra parte. No âmbito do Direito de Família, se um dos litigantes ameaça a outra de transferir ou remover bens da propriedade marital ou ameaça remover o filho que se encontra sob guarda da outra parte, o juízo pode proibir a parte de atingir a propriedade marital ou de remover a criança de determinada localidade (*matrimonial injunctions*).

No direito americano existem determinadas *injunctions* emergenciais, chamadas de *temporary restraining orders*, que têm sua eficácia por um curto período de tempo e equivaleriam a uma tutela de urgência.

O juiz pode também ordenar *preliminary injunctions*, que tenham efeito imediato e efetivo com intuito de prover a tutela de plano, esse tipo de ordem permanece até que uma decisão seja tomada e a ordem seja transformada em uma *permanent injunction*.

3.1.2.2 *Order of specific performance*

A *order of specific performance* configura uma forma de *equitable remedies*, de cunho discricionário que compele a atuação específica de um contrato, ou seja, ordena-se a uma parte que cumpra o contrato nos moldes entabulados evitando a conversão em perdas e danos. Geralmente a *order of specific performance* é utilizada quando a indenização equivalente não é o remédio adequado ou quando não se concederá a perfeita e completa justiça pelo equivalente em pecúnia.

Ressalte-se que, em geral, a *specific performance* não é utilizada em contrato de serviços pessoais, contratos de trabalho ou, também, em casos em que seria impossível supervisionar o adequado cumprimento.

3.1.3 Considerações sobre o *Contempt of Court*

Edward DANGEL explica o *contempt of court* como sendo o "menosprezo a autoridade de um tribunal; a ofensa contra um tribunal de justiça ou a uma pessoa em

quem foram sido delegadas as funções de soberania; é uma desobediência ao tribunal; a oposição ou desprezo a sua autoridade, sua dignidade ou a sua justiça.”⁴⁵

Conforme a definição do Black’s Law Dictionary, o *contempt of court* representa “qualquer ato intencional que dificulte, impeça, obstrua ou retarde a Corte na administração da justiça, ou que propositadamente deprecie sua autoridade, sua respeitabilidade, seu decoro.”⁴⁶

O *contempt of court* “se comete por uma pessoa que executa algum ato em voluntária contravenção a autoridade ou a respeitabilidade da Corte, ou que pretenda impedir ou frustrar a administração da justiça; ou, por alguém que, estando perante a autoridade do tribunal como parte em seus procedimentos, voluntariamente desobedece a ordens legítimas ou deixa de cumprir com alguma incumbência que lhe foi dada”.⁴⁷

O *contempt of court* se revela uma sanção em face do desrespeito ao juízo e a administração da justiça, compreende afronta à autoridade do Estado e suas determinações, abrangendo uma série de atos como o insulto feito ao tribunal ou uma pessoa, por um desafio deliberado a autoridade do juízo, pela desconsideração de suas ordens, interrupção de seus procedimentos, impedimento ou obstrução do devido curso do processo, ou, qualquer comportamento tendente a impedir o juízo de prover a tutela jurisdicional adequada (*judge's ability to administer justice*).

Uma das classificações do *contempt of court* se dá pela distinção entre civil e criminal, todavia, na prática, a distinção entre ambos é extremamente tênue. Vale a pena sublinhar a correspondência do *criminal contempt* com as faltas puníveis mediante correções disciplinares, com efeito, busca-se punir a afronta à autoridade do

⁴⁵ DANGEL, Edward W., *National Lawyers Manual co.*, Boston: Massachusetts, 1939 apud PASQUEL, Roberto Molina. *Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio*, 1ª ed. México, 1954. p. 67.

⁴⁶ BLACK, Henry Campbell M. A. *Black’s Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing, 1968, p.390. Conforme o original: “Any act wich is calculated to embarass, hinder, or obstruct court in administration of justice, or wich is calculated to lessen its authority or its dignity.”

⁴⁷ BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing, 1968, p.390. No original: “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, wilfully disobeys its lawful orders or fails to comply with an undertaking wich he has given”.

Estado; já o *civil contempt* se delinea pela desobediência a determinações judiciais coercíveis, mediante meios intimidatórios (*coercive sanctions*). A distinção se dá no plano das sanções aplicáveis e seus respectivos objetivos conforme se observa:

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.⁴⁸

O juiz ao verificar que alguém, inconvenientemente, desafia ou ignora a autoridade da Corte tem o poder de declarar o *contemnor* em situação de desacato à Corte (*contempt of court*). A hipótese de *criminal contempt* ocorre quando o *contemnor*, de fato, interfere com a função da Corte de exercer sua jurisdição adequadamente, por exemplo: exaltar-se em audiência, utilizar linguagem insultuosa, praticar atos de violência. A doutrina americana chama essa hipótese de *direct contempt* porque ocorre diretamente na presença do juiz. O *criminal contemnor* pode ser multado, preso ou ambos cumulativamente a título de punição pelos seus atos.

O *civil contempt of court* ocorre quando o *contemnor* intencionalmente desobedece a uma ordem da Corte. Dada hipótese também é chamada *indirect contempt* por que ocorre fora do domínio direto do juiz. O *civil contemnor* pode, da mesma maneira, ser multado, preso ou ambos mas, agora, com nítida função coercitiva.

A multa ou a prisão tem como desiderato servir como coerção ao *contemnor* para obedecer à Corte, não para puni-lo, por essa razão o *contemnor* será solto da prisão e a multa deixará de incidir tão logo seja condescendente com a ordem do juízo. No direito de família, o instituto do *civil contempt* é um meio do juízo forçar o

⁴⁸ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book - Revised Edition**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000. p. 10-11. No original: "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."

cumprimento do dever de sustento e apoio aos filhos, a custódia e as ordens de visita que tenham sido violadas.

Importa fixar que, com a finalidade de preservar o poder da Corte e de fazer cumprir suas decisões, o magistrado poderá através do *contempt* lançar mão de *coercive sanctions*.

Tome-se como exemplo as disposições do *Revised Judicature Act*, §1701, estatuto norte-americano mais abrangente na disciplina do *contempt power*. Nele se elencam diversas situações que configuram *contempt*. Dentre estas hipóteses, atribui-se ao juízo poder de empregar *coercive sanctions* em casos nos quais as partes, advogados ou qualquer outra pessoa desobedeça ou recuse cumprir ordem da Corte.⁴⁹

3.1.4 Breves Conclusões

Importante perceber que, tendo em vista a inexecução de contrato ou de um dever legal, haverá no direito anglo-americano, basicamente, três alternativas para o autor lançar mão, a saber:

a) *damages*, ou seja, requerer as perdas e danos gerados pelo não cumprimento;

b) *specific performance*, tutela através da qual o juiz ordenará o cumprimento na forma específica; e, por fim,

c) através das *injunctions* o juiz ordenará um fazer (*mandatory*) ou um não fazer (*prohibitory*) para consecução do adimplemento ou observância do dever legal.

Por meio das *injunctions* e das *orders of specific performance* - que podem ser classificados como *coercive remedies* - se possibilita a obtenção do cumprimento específico dos deveres de fazer e não fazer. Note-se que Molina PASQUEL já

⁴⁹ "The supreme court, circuit courts, and all other courts of record, have power to punish by fine or imprisonment, or both, persons guilty of any neglect or violation of duty or misconduct in all of the following cases:

(...)

(g) Parties to actions, attorneys, counselors, and all other persons for disobeying any lawful order, decree, or process of the court."

asseverava a natureza *in personam* dos *equitable remedies*⁵⁰, nesse mesmo sentido TALAMINI explica que ao contrário dos “*judgement at law*, que normalmente incidiam apenas no patrimônio do réu (eram *in rem*), os *equitable decrees* surgiram como ordem direta para o réu - cuja inobservância representaria afronta à autoridade real (ou, antes, à autoridade divina), sancionada com prisão (*contempt of court*).”⁵¹

Ao debruçar-se sobre a atuação dos deveres de fazer e não fazer no sistema anglo-americano, deve-se perceber a coercibilidade atinente em dadas tutelas. Frise-se que as ordens providas pelos *coercive remedies* postulam a execução na forma específica, vale dizer, dirige-se diretamente ao devedor para que preste exatamente aquilo que se comprometeu. Em não se verificando aquiescência com a *injunction*, configura-se situação de desacato (*contempt of court*), e por conta disso, o juízo através da multa (ou até mesmo prisão) atuará suas *coercive sanctions* para compelir o adimplemento de obrigação ou observância de deveres legais.

3.2 AS *ASTREINTES* NO DIREITO FRANCÊS

A *astreinte* é um instituto de origem jurisprudencial, originalmente confundida com as perdas e danos causadas pelo inadimplemento. No direito moderno seu objetivo único é impelir a vontade do obrigado por ordem judicial a cumprir, se impõe a obrigação acessória de pagar uma soma de dinheiro por cada dia de atraso no cumprimento da ordem, que acresce a obrigação principal e beneficia a quem obteve.⁵²

Roger PERROT ao tratar da execução indireta, vai abordar as formas de coerção por *dissuasione*, enquadrando a execução por *astreintes* como uma espécie daquela. No tocante a multa francesa, assim define o emérito professor:

L’astreinte può essere definita come 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 moltiplicarsi delle violazioni. In altre parole,

⁵⁰ PASQUEL, *Contempt of Court...*, p. 73.

⁵¹ TALAMINI, *op. cit.*, p. 86.

⁵² PASQUEL, *Contempt of Court...*, p. 75.

più il debitore si oppone all'esecuzione della sua obbligazione e più rischia di dover pagare una considerevole somma di denaro.⁵³

A *astreinte*, à semelhança da multa coercitiva do direito brasileiro, é um meio de intimidação destinado a mover o devedor por influenciar sua vontade e induzi-lo a cumprir espontaneamente a decisão judicial que lhe condena.

A jurisprudência francesa criou as *astreintes* no início do século XIX, apesar da hostilidade da doutrina, sob a alegação de que, tratando-se de uma pena, era violado o clássico preceito *nulla poena sine lege*. Todavia, alastrou-se e consagrou-se definitivamente na França, inclusive a lei sobre execução de 1972 define a função compulsória das *astreintes*, diferenciando-a, de forma nítida, dos mecanismos ressarcitórios.

As *astreintes* correspondem a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor psicologicamente para que desempenhe a prestação a qual se negara a cumprir. Pode-se dizer que consiste na combinação de tempo e dinheiro. À medida que o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará como pena. Daí a conceituação de Enrico Tullio LIEBMAN: “Chamam-se *astreintes* 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”.⁵⁴ E mais adiante, arremata o mestre: “Caracterizam-se as *astreintes* 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.”⁵⁵ Constitui na realidade uma pena imposta com a finalidade cominatória, tendo como objetivo primeiro o cumprimento da obrigação no prazo fixado pelo juiz.

Esse sistema foi assaz criticado pela doutrina francesa, uma vez que não encontrava supedâneo na lei e porque, encarado como forma de indenização, contraria

⁵³ PERROT, Roger. La coercizione per dissuasione nel diritto francese. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, Luglio-Settembre, 1996. p. 663-664

⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 169.

⁵⁵ LIEBMAN, ob. cit., p. 170.

o princípio da correspondência entre o dano e o ressarcimento. Mas a verdade é que a jurisprudência permaneceu firme em dar-lhe aplicação. Por outro lado, nada há que possa por em dúvida a real eficácia das *astreintes* como meio de coerção ao cumprimento da obrigação. Não tem caráter executório e visa ao cumprimento da obrigação pelo próprio executado.

Segundo Michele TARUFFO as *astreintes* não correspondem a uma técnica de execução indireta, conexa 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 concorrentemente a outras formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação de pronunciamentos do Juiz.⁵⁶

Não há como negar que no poder conferido ao juiz de ordenar, condenar, impor, está implícita a faculdade ou *imperium* de fazer cumprir a ordem, a condenação, ressalvadas, naturalmente as coações que envolvam direta ou indiretamente a pessoa do credor. Afigura-se, por outro lado, que as *astreintes* independem da iniciativa do interessado ou prejudicado. Ao juiz incumbe dirigir o processo de modo que assegure andamento rápido à lide. Por outro lado, não há negar que o pronto e justo desfecho da demanda constitui interesse que extrapola a vontade das partes para constituir-se em propósito superior do Estado. Não se enxergue nessa iniciativa do magistrado uma resolução *extra petita*, eis que a sanção cominada ao devedor recalcitrante não tem por escopo acautelar o interesse do credor, mas tornar efetiva a prestação jurisdicional que o Estado deve ao indivíduo.

A esse respeito, cabe fazer menção ao fenômeno da extensão das *astreintes* para campos além da sentença de mérito. Admitem-se as *astreintes* para assegurar a atuação de medidas cautelares e também para salvaguardar a efetivação de pronunciamentos instrutórios do juiz.

Encontra-se nas lições de Orlando GOMES que obrigar alguém a cumprir em forma específica uma obrigação de fazer fere os princípios da liberdade individual e da

⁵⁶ TARUFFO, op. cit., p. 85.

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*. Continuando, diz o mestre baiano, citando Josserand, 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. E arremata: não há fortuna que possa resistir uma pressão contínua e incessantemente acentuada.⁵⁷

Em síntese as principais características das *astreintes* poderiam ser assim enunciadas:

- a) a indenização do dano visa a substituir a execução *in natura*, enquanto as *astreintes* visam a assegurar ao credor a execução;
- b) a indenização pressupõe a existência de um dano sofrido pelo credor, ao qual o tribunal deverá referir-se na decisão, enquanto, em relação às *astreintes*, não se faz mister a constatação de qualquer dano;
- c) as *astreintes*, 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. A medida deverá adequar-se ao fim desejado e o juiz não precisa demonstrar, em sua decisão, que a sanção pecuniária imposta corresponde exatamente ao dano que para o credor, resultou da demora no cumprimento da obrigação;
- d) as *astreintes* têm uma eficácia transeunte, o que também assinala uma diferença fundamental com a indenização do dano; a decisão que a impõe não é passível de execução provisória. Seu fim é assegurar a execução;

⁵⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson . **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 368.

quando o resultado é alcançado, desaparece a sua razão de ser; é suprimida ou reduzida. Poderá ser modificada pelo tribunal. É de natureza cominatória; se o devedor cumpre a obrigação, por nada mais responde.

e) avulta, ainda, o caráter de pena privada eis que o destinatário do crédito em dinheiro será sempre o credor.

As conclusões de Michele TARUFFO, no seu estudo comparativo, apontam 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."⁵⁸ O professor italiano aduz que as *astreintes* configuram remédio que permite adaptar sua força compulsória às necessidades do caso concreto, ademais pode ser utilizada na tutela de todas as situações jurídicas que encontram reconhecimento em um pronunciamento judicial.

Por fim arremata 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."⁵⁹

3.3 APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA GERMÂNICO

No sistema germânico há uma rigorosa tipologia das obrigações e a ela corresponde uma tipologia de meios executivos em que o valor fundamental é o adimplemento específico das várias espécies de obrigação. Em outras palavras, a relação de conformidade entre ZPO e BGB faz com que cada tipo de obrigação se vincule a uma forma particular de execução.

⁵⁸ TARUFFO, op. cit., p. 86.

⁵⁹ TARUFFO, op. cit., p. 87.

Essa tentativa de construção de um sistema perfeito e fechado, que envolva todas as situações fáticas acabou por tolher a discricionariedade das partes e do juiz na escolha dos instrumentos executivos em cada caso concreto.

No tocante as obrigações de fazer, há correspondência a forma de execução por sub-rogação de um terceiro, por conta do obrigado⁶⁰ (§ 887, ZPO). Em relação as obrigações infungíveis de fazer e obrigações de não fazer ou cessar de fazer cabe execução indireta por meio da *zwangsstrafen* (§§ 888 e 889, ZPO).

As observações do professor Michele TARUFFO são no sentido de demonstrar a falta de eficácia desse sistema de exclusividade e correspondência biunívoca das tipologias.

Aduz o professor que, no campo das obrigações de fazer, a nítida distinção teórica entre obrigações fungíveis e infungíveis não se mostra tão evidente na prática, o que permite a jurisprudência efetuar uma utilização mais elástica das técnicas executivas. Além disso, no âmbito de obrigações complexas, nas quais se exigem fazeres fungíveis e infungíveis, a utilização da execução específica do § 887 e da execução indireta do § 888, acaba por comprometer o rigor da tipologia que está na base de tais normas.⁶¹

A figura da multa coercitiva (*zwangsstrafen*) tem como função específica atuar como meio compulsório, visando induzir o obrigado a adimplir. A opção pela multa intimidatória é explicada por Leo ROSENBERG como meio de execução indireta em que “se utilizarán amenazas e irriación de perjuicios al deudor para lograr la prestación debida (así, la ejecución forzosa para la realización de actos o para omitirlo o sopórtalos mediante conminación de multa y prisión)”⁶².

Veja que há nítida distinção entre a *zwangsstrafen* e as *astreintes*. As primeiras são revertidas ao Estado enquanto o crédito gerado pelas *astreintes* é

⁶⁰ 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**. Buenos Aires: Juridicas Euro-America. t. III. p. 14).

⁶¹ TARUFFO, op. cit., p. 78-79.

⁶² ROSENBERG, **Tratado de derecho procesal civil**. p.15

destinado ao credor⁶³. As *astreintes* têm caráter geral, em contraposição, a multa germânica opera especificamente no campo das obrigações infungíveis e de abstenção. O espaço de atuação da multa no sistema alemão é bastante limitado, cingindo-se ao âmbito taxativo e restrito concedido pelo legislador da ZPO.

Em sua abordagem sobre a execução das obrigações de fazer e não fazer no sistema processual alemão, James GOLDSCHMIDT aponta aspectos que merecem ser ressaltados. Segundo o referido autor, na execução de um fazer deve-se distinguir entre obrigação fungível e infungível, acerca desta última afirma o jurista alemão que “puede tratar de un acto que no pueda ser ejecutado por un tercero (acto no fungible), (...). En tales casos, 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).(...) La ejecución de ambas as medidas, incluso la multa destinada al Estado, se lleva a cabo a impulso del acreedor ejecutante; ...”⁶⁴.

Em sua abordagem sobre a *zwangsstrafen*, TARUFFO conclui que a utilização do § 888 é “muito pouco idôneo (...) para fornecer instrumentos coercitivos aplicáveis às prestações complexas e diversificadas nas quais se encartam muitos dos direitos, por assim dizer, ‘novos’.”⁶⁵

Em verdade a *zwangsstrafen* tem seu campo privilegiado de aplicação na tutela da posse e da propriedade não sendo comumente empregado na tutela do consumidor, do ambiente e dos direitos fundamentais em geral.

Ao se fazer menção ao rigor da sistemática tipologia das obrigações e da correspondente tipologia dos instrumentos executivos, necessário vislumbrar a falta de plasticidade do sistema e a conseqüente dificuldade de adaptação dos meios executivos às necessidades específicas que surgem no cotidiano.

Em última análise, perfaz inviável no sistema germânico a adoção do remédio processual conforme as vicissitudes de cada caso concreto.

⁶³ A atribuição do crédito das *astreintes* ao credor remonta a origem do indenizatória do mecanismo.

⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Madri: Labor. p. 737.

⁶⁵ TARUFFO, op. cit., p. 82.

4 MULTA COERCITIVA

4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Na tentativa de tutelar os deveres de fazer e não fazer se concebeu a via do artigo 461 do Código de Processo Civil. Aos provimentos que concedem a tutela do referido artigo têm se atribuído um caráter mandamental e executivo *lato sensu*.

Para o estudo da multa coercitiva cumpre saber que por meio do provimento de caráter mandamental é que se vinculará a cominação de multa indutiva.

Conforme já foi debatido (ver capítulo 2), o provimento mandamental é aquele que efetiva a decisão por meio de atuação, no mesmo processo, de uma ordem emitida pelo juiz que impõe ao obrigado o cumprimento do dever. Para dar-se efetividade à atuação executiva da decisão, cumulada a esta ordem se acopla multa periódica em caso de descumprimento da decisão com o nítido desiderato de convencer o obrigado a adimplir.

Note-se que não se prescinde da atuação do devedor, não se substitui a sua conduta, o que se propugna mediante este meio de tutela é que o próprio devedor cumpra o dever imposto na sentença ou na decisão que antecipe a tutela.

Ao se estudar o provimento mandamental foi apontado que o descumprimento da ordem corresponderia a uma afronta à autoridade jurisdicional. Nessa ocasião deve-se perceber a dupla eficácia da medida coercitiva, vale dizer, protege a autoridade do juízo (e o próprio poder do Estado) e ao mesmo tempo atua a decisão satisfazendo aquela situação substancial que demandava tutela. Em última análise, se a multa presta a convencer o devedor de que é melhor adimplir, tal dispositivo preserva a respeitabilidade do juízo e, concomitantemente, mostra-se eficaz na tutela do direito.

Neste condão, TALAMINI vai definir a multa coercitiva como “instrumento destinado a induzir o mandado”.⁶⁶

⁶⁶ TALAMINI, op. cit., p. 233.

Não se pode falar, pois, em provimento que ordena (mandamental) sem abordar a questão de sua atuação concreta. Deveras, ineficaz seria toda a construção teórica sobre a ação mandamental, se o provimento não fosse apto a fazer-se valer no mundo empírico, impondo a ordem cominada e compelindo o sujeito do comando adimpli-lo.

Ao compreender-se que o conteúdo de tal provimento está em ordenar a alguém uma conduta ou uma abstenção, inafastável é o estudo das medidas coercitivas, que buscam influir na vontade de alguém, para que este espontaneamente cumpra certa determinação judicial. Nesse sentido, DINAMARCO assevera que todos “os dispositivos que impõe a sanção de multas periódicas (*astreintes*) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária”.⁶⁷

Em outras palavras, a multa é meio de coerção psicológica que se vincula aos provimentos mandamentais de forma a constranger ou estimular o ordenado a adotar a conduta desejada. O instrumento coercitivo é, em síntese, ameaça de sanção que se impõe ao devedor que desobedece ao provimento mandamental, vale dizer, que descumpre a ordem contida nele. Consiste em um mecanismo criado para motivar o respeito às decisões judiciárias. Neste sentido salienta-se seu caráter instrumental.

Em que pese esse predicado, a característica preponderante da multa é a coercitividade, que por sua vez, consiste na possibilidade de coação para se compelir o devedor a cumprir seu dever ou obrigação. É a ameaça da possibilidade de recurso à sanção, para se fazer cumprir a ordem contida no provimento mandamental, se não cumprida espontaneamente. A coação é a aplicação da sanção contida no provimento.

Dessa possibilidade de coação (coatividade) surge a função de induzimento, de atuação psicológica que procura fazer o devedor sopesar qual a situação preferível: cumprir o dever que lhe é imposto e se desobrigar ou manter sua renitência todavia sabendo que esta terá seu valor pecuniário. Conforme CARBONNIER, citado por

⁶⁷ DINAMARCO, *A reforma...*, p. 235.

PERROT, “si colpisce il portafoglio per forzare la volontà”.⁶⁸ A desobediência terá seu custo *in pecunia* e será, devida e plenamente, exigível.

Deixe-se claro que na equação antes exposta - de um lado, cumprir e, de outro, descumprir sob multa - não poderá existir equilíbrio entre as parcelas, vez que o peso da renitência deve ser, deveras, superior ao do cumprimento do dever.

Cogite-se a hipótese de uma empresa que, por conta de um contrato de altíssimo valor, está produzindo em grande escala e emitindo resíduos poluentes. Demandada em juízo se imputa à empresa ordem para que cesse imediatamente a emissão perniciosa sob pena de multa diária. Tome-se, ainda, que seja mais vantajoso para a empresa manter sua produção “a todo vapor” por mais alguns dias - mesmo com a incidência de multa - do que estancar a produção e deixar de lado o lucro visado. Concluir-se-á, nesse caso, que a multa não terá a eficácia pretendida.

Atentando-se para isso, insta sublinhar que o mal imposto deve ser suficientemente hábil para causar convencimento. O que se quer articular, em outras palavras, e isso parece óbvio, é que a multa nunca poderá ser a alternativa mais vantajosa em relação à renitência.⁶⁹ A coerção através da multa é um dos “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 (as conseqüências do não cumprimento das ordens judiciais)”.⁷⁰

Explica, a propósito, ZAVASCKI que a multa diária constitui mecanismo de coerção apto a induzir o cumprimento de obrigação positiva, vale dizer, a realização de uma atividade a ser desenvolvida.⁷¹

⁶⁸ Apud PERROT, Roger. La coersione per dissuasione nel diritto francese. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, Luglio-Settembre, 1996. p. 664.

⁶⁹ Em atenção ao exemplo proposto, em que a multa poder-se-ia tornar ineficaz, propor-se-á uma nova solução, assunto que será debatido no capítulo 5.

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2002. p.112.

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer**. Genesis - Revista de direito processual civil, n. 4 (1997). p. 114-115.

Imprescindíveis, neste momento, as observações de Sérgio Cruz ARENHART:

Esta, aliás, é a função de toda coerção: influenciar a vontade de alguém de forma a fazê-lo comportar-se como pretendido; a incidência do meio de coerção significa a falha da função estimulatória da medida, já que não se conseguiu fazer o sujeito agir como se queria. Como acontece com todo meio de coerção, a multa será tão mais eficaz quanto menos venha a ser cobrada. Sua função 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. A idéia, portanto, é ameaçar o “devedor” com o pagamento de uma prestação pecuniária que, por seu elevado montante, representaria grave prejuízo a este. Assim, diante da opção entre cumprir a ordem judicial ou sofrer o gravame imposto com a ameaça, o “devedor”, ciente da desvantagem que representa o pagamento da prestação pecuniária, voluntariamente opta pela primeira conduta (adimplemento da ordem).⁷²

Note-se que a grande parte das pessoas observa, espontaneamente, as decisões judiciais, sendo inconcebível que a eficiência dos provimentos decorra apenas do receio às sanções - como no caso da multa coercitiva. Estas consistem, sim numa garantia do cumprimento da ordem emanada do Judiciário, embora sejam efeito da sua inobservância. A incidência da multa compreende uma situação não desejada, porquanto se ela passa a incidir é porque não se atendeu ao provimento mandamental, e, por conseguinte, ao menos provisoriamente, não há pretensão satisfeita, não há direito efetivado.

4.2 FIXAÇÃO DA MULTA: OPÇÃO DISCRICIONÁRIA OU DEVER DO JUIZ?

Conforme já foi dito, o sistema de execução direta e específica, concebido no art. 461 do Código de Processo Civil, é de execução por coerção e não por sub-rogação, porquanto atua sobre a vontade do devedor, sem prescindir dela.

Parece claro que, neste sistema de execução é natural que a conversão em perdas e danos ocupe o último lugar na preferência do legislador. Ela se define como medida substitutiva do objeto da obrigação original e o direito moderno evolui no sentido de oferecer ao credor precisamente aquilo que tem direito. Por isso é que o §1.º do art. 461 só autoriza que se imponha ao credor essa solução de “meia-justiça”

⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória...**, p. 352.

quando não for possível obter o resultado final desejado sequer mediante a atuação das providências referidas no *caput*.

Ao fazer essas ressalvas iniciais se procura afastar qualquer entendimento que veja na imposição de provimento mandamental cumulado à multa coercitiva um caminho alternativo ou a ser decidido pelo livre arbítrio do juiz. Tal compreensão poderia advir da leitura dos § 4.º e § 5.º do art. 461, especificamente pelo emprego do verbo “poder”, conforme se demonstra:

“§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu,...”.

“§ 5.º Para efetivação da tutela específica ou a abstenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso,...”.

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, aduz 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”.⁷³

A doutrina de MARINONI corrobora para tal argumentação notadamente ao afirmar que “o direito à adequada tutela jurisdicional tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser presta na forma específica”.⁷⁴ Ademais, parece acertada a posição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao mencionar que o agente público não dispõe de “poderes-deveres”, mas sim de “deveres-poderes”, pois estes últimos são meramente instrumentais àqueles.⁷⁵ Desta feita, o poder do juiz no processo está intimamente vinculada ao dever de prestar a adequada e efetiva tutela

⁷³ DINAMARCO, A reforma..., p. 232.

⁷⁴ MARINONI, Tutela específica..., p. 70.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43.

jurisdicional, trata-se de princípio norteador da atuação do Poder Judiciário e que se infere do art. 5.º, XXXV da Constituição Federal.

Por conseguinte, não há dúvida, que a adequada e efetiva tutela no tocante aos deveres de fazer e não fazer se atua mediante os meios coercitivos da execução indireta, vale sublinhar que “*no jogo dialético da técnica coercitiva e da execução sub-rogatória, aquela é prioritária e esta a ultima ratio*”⁷⁶.

4.3 HIPÓTESES E MODOS DE INCIDÊNCIA

4.3.1 Deveres Negativos

Nos deveres de abstenção, na qual a pretensão tem como objetivo a omissão do réu, ou seja, uma não atuação, a multa apropriada é aquela fixa, com incidência única.

Se a realização do ato a que se deveria abster resulta na ofensa do direito, deve-se, então, lançar mão de medidas que evitem a prática do ato ofensivo. A multa de valor fixo supõe dever apenas ameaçado de violação. Todavia, nada impede que violado o direito, e tendo esta violação eficácia continuada no tempo, se utilize a multa periódica como forma de remoção do ilícito.⁷⁷

Cogite a hipótese em que um determinado empresário em face de ameaça do ilícito requerer ao juízo que veicule ao réu ordem de não adotar certas práticas que configurariam concorrência desleal, sob pena de multa. A princípio, a multa de incidência única é a cabível para tutelar o dever de não fazer porquanto depois de praticado o ato, o ilícito restará configurado (além dos possíveis danos). Não tem mais cabimento uma ordem de não fazer para algo que já está feito e, ao mesmo tempo,

⁷⁶ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária**. 2.ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997. p. 504.

⁷⁷ Porém, perceba que, nesta hipótese, já não se estaria tratando de dever de não fazer. A ordem de remoção do ilícito veiculada mediante ordem atrelada à multa e dirigida ao réu configura dever de fazer. Novamente, essencial a observação de MARINONI: “A tutela imbitória, no caso de ilícito que se concretiza em ato de eficácia continuada, pode impor ao demandado um fazer para que o ilícito seja removido”. (MARINONI, **Tutela específica**..., p.136).

deve-se questionar qual está sendo o papel da multa coercitiva⁷⁸. Quanto a isso se conclui que a multa se tornou ineficaz - e, portanto, não mais aplicável - quando não mais possível cumprir a ordem.

Note-se que, em regra geral, a multa incide por dia de descumprimento, contudo se a ação que descumpra a ordem é instantânea, assim também deve ser a multa. Desrespeitado o dever de abstenção de nada adiante exercer pressão sobre a vontade do obrigado se o inadimplemento se mostra irreversível. No entanto, passa a ser cabível multa diária para remoção do ilícito, a exemplo das *mandatory injunctions*.

TALAMINI afirma que a utilidade da multa fixa se dá em casos de dever de não fazer cuja violação se exaure em um único momento. Trata-se de abstenção cuja violação ocorre por ato de eficácia instantânea.⁷⁹

Afirmou-se que a multa de valor fixo está fortemente vinculada aos deveres ameaçados de violação, por isso avulta seu caráter preventivo. Nesse âmbito se insere a tutela inibitória proposta por MARINONI, notadamente a inibitória negativa e, vale lembrar, que sua relevância deriva da necessidade de evitar a prática, a repetição ou a continuação de uma conduta comissiva.⁸⁰

4.3.2 Deveres Comissivos

No tocante aos deveres de fazer pode-se relacionar a multa coercitiva com três hipóteses de incidência, quais sejam:

- a) dever de fazer com utilidade em momento único;
- b) dever fungível;
- c) dever infungível.

⁷⁸ Insta destacar os ensinamentos de Paulo L. Netto LÔBO: "Obrigação de não fazer é obrigação negativa, de omissão, de abstenção. Cumpre-se não agindo. O devedor que poderia realizar o ato, obriga-se a não realizá-lo. O dado diferencial é que se o devedor realiza o ato, não cumpre o dever de abstenção, podendo o credor exigir o desfazimento ou a indenização por perdas e danos. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p.26).

⁷⁹ TALAMINI, op. cit., p. 237.

⁸⁰ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 92.

4.3.2.1 Dever de fazer com utilidade em momento único: caráter transeunte do fato

Semelhantemente aos deveres de não fazer, a questão se concentra na idéia de eficácia instantânea, em outras palavras, prestações cuja realização se esgotam num momento.⁸¹ Tome-se como exemplo a contratação de uma empresa prestadora de serviço no ramo de decoração de festas de casamento. Se a empresa que tem a obrigação de prestar o serviço na data do casamento não executa o que fora contratado, de nada adianta prestar o serviço posteriormente. A prestação só tem utilidade em um momento único, após isso o objeto do dever se esvai. Neste caso, novamente, a multa com incidência única é o meio coercitivo adequado. Segundo TALAMINI, a multa de incidência única vai referir-se ao “dever de prestar fato que só é útil e eficaz - mantendo o interesse para o titular -, se devidamente cumprido em uma oportunidade exata (...). Não havendo a sua observância nesse momento torna-se impossível por perda de interesse objetivo...”.⁸²

Reiterando o posicionamento, convém atentar para a obrigação de fazer de consumação instantânea haja vista que o caráter transeunte do fato repele a incidência da multa diária, porquanto de nada adianta pressionar a vontade do obrigado se o inadimplemento se mostra irreversível.

Algumas observações devem ser feitas a respeito da multa em valor fixo, a saber, como instrumento voltado para agir sobre a vontade do obrigado persuadindo-o a adimplir, deve-se levar em conta que sua atuação será em face de um ato com eficácia instantânea e para isso deverá corresponder a um valor, deveras, expressivo. Como a multa coercitiva não se acumulará com o passar dos dias de descumprimento, o juiz deveria, pelo menos em tese, atribuir a ela um valor maior do que a multa diária. Entrementes, em que pese tal argumentação, a determinação do valor da multa só

⁸¹ Conforme a lição de VARELA: “Dizem-se instantâneas as prestações cuja realização se esgota num momento (*quae unico actu perficiuntur*) ou num período tão limitado de tempo que equivale praticamente a um momento”. (VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I. p. 85).

⁸² TALAMINI, op. cit., p. 237.

poderá ser feito corretamente com base no caso concreto e, sempre, orientada pelos critérios de suficiência e compatibilidade.

4.3.2.2 Deveres fungíveis

No tocante aos deveres fungíveis a multa também se revelará um instrumento de extrema importância.⁸³ Conforme ARAKEN DE ASSIS, “a coerção patrimonial se aplica às obrigações de fazer infungíveis. Mas os arts. 461, §3.º, 585, II, 644 e 645 do CPC não distinguem entre obrigações infungíveis ou não.”⁸⁴

Por conta disso “a astreinte, meio executório insubstituível na execução específica da obrigação infungível, se mostra útil e aplicável, de forma subsidiária, também às obrigações fungíveis.”⁸⁵

A despeito da observação de ARAKEN DE ASSIS, a maioria da doutrina compreende ser aplicável a multa coercitiva indistintamente, ou seja, independentemente de se tratar de um fazer fungível ou infungível.

Ademais, a nova redação do art. 287 - implantada com a lei 10.444 de 2002 - permite vislumbrar a verdadeira intenção de legislador. O sistema ab-rogado afirmava que: “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 na petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts.644 e 645)”. A nova redação não se refere a fato “que não possa ser realizado por terceiro” e tal expressão se referia, obviamente, à infungibilidade. O novo texto se limita a expressão “prestar ato ou entregar coisa”, de onde se infere que a multa aplica-se tanto aos deveres infungíveis quanto aos fungíveis.

⁸³ ”Diz-se fungível a prestação que pode ser efetuada, mesmo contra a vontade do credor, por pessoa diferente do devedor,...”. (VARELA, op. cit., p. 85).

⁸⁴ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8.ª ed. São Paulo: RT, 2002. p.548.

⁸⁵ Id.

Evidentemente, que o aludido dispositivo sofreu, com a segunda reforma do CPC, compatibilização com os arts. 461 e 461-A.⁸⁶

A questão, em verdade, coloca maiores problemas no plano da atuação executiva do juiz ao tratar do dever fungível. Ora, como se sabe, o juiz pode lançar mão do meio de pressão psicológica - através das *astreintes* - ou, também, utilizar provimentos executivos *lato sensu*, em que não se demandará participação do renitente (art. 461, §5.º). Esta questão só terá solução, por evidente, no deslinde do caso concreto, pois, haverá hipóteses em que a multa revelar-se-á o instrumento mais eficaz e, em outros momentos, as medidas de apoio serão os meios executivos cabíveis.⁸⁷

De qualquer sorte, é notório que a reforma do Código de Processo Civil, em 1994, condensou a consciência da necessidade de uma conduta do obrigado para que o resultado seja atingido. A propósito do tema, TALAMINI⁸⁸ observa que “muitas vezes, a obtenção do resultado específico sem o concurso do réu (‘resultado prático equivalente’), conquanto possível é extremamente onerosa e (ou) complexa”.⁸⁹

⁸⁶ Confirmando tal entendimento, DINAMARCO explica: “A redação originária daquele confinava sua disposição às obrigações infungíveis, ou personalíssimas, enquanto que, agora, também no tocante às fungíveis, que podem ser satisfeitas por ato de terceiro, tem aplicação o art. 287. Tal amplitude coincide com o art. 461, que fala somente em obrigações de fazer e não-fazer, sem especificar”. (DINAMARCO, *A reforma...*, p.244).

⁸⁷ Conforme esclarece MARINONI: “Os art.461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como norma que permitem ao juiz i)impor um não-fazer ou um fazer sob pena de multa, e ii)determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer”. (MARINONI, *Tutela específica...*, p.71).

No mesmo sentido é a observação de ARAKEN DE ASSIS: “Tratando-se de obrigação fungível, a contemplação da pena no título jamais impedirá de o credor optar pelo meio executório de transformação, igualmente aplicável ao caso.” (ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 554)

⁸⁸ TALAMINI, op. cit., p. 239.

⁸⁹ Inafastável é a observação de MARINONI: “A multa, ao agir sobre a vontade do obrigado, elimina a demora e as complicações que marcam a execução por sub-rogação, notadamente se observarmos o procedimento previsto nos arts. 632 e 637 do CPC. Na verdade, a opção pela nomeação de um terceiro para fazer aquilo que deveria ser feito pelo réu não só acarretará uma maior demora, como também pode acarretar custos para o autor, ao menos segundo a disposição do § 7.º do art.634, que obriga o autor a adiantar as despesas necessárias ao fazer. Não é justo obrigar o autor a adiantar as despesas necessárias ao fazer quando é o réu que deve, reservando-se a ele o direito ao ressarcimento da quantia adiantada, implica uma completa desconsideração ao princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão”. (MARINONI, *Tutela específica...*, p.75).

4.3.2.3 Deveres infungíveis

Os deveres infungíveis compreendem aqueles cuja realização só pelo devedor pode ser levada a cabo por tomar em conta as aptidões técnicas ou outras qualidades pessoais dele.

Ora, a única maneira de se obter a tutela específica de tal dever é fazendo com que o próprio devedor cumpra, por conta disso, se pode concluir que o único meio efetivo de tutela será aquele que por meio de sanção coercitiva que induza psicologicamente o renitente a satisfazer o credor. Nesses casos, não poder-se-ia cogitar a utilização de meios sub-rogatórios para a obtenção da tutela específica⁹⁰. Tome-se como exemplo o devedor (artista plástico de estilo singular) que se obriga a pintar o retrato do credor, da empresa teatral que contrata um artista de notório prestígio para determinado espetáculo ou de um litigante que confia o patrocínio de sua causa a certo advogado, sem faculdade de estabelecimento. Vislumbra-se que, em tais hipóteses, não há satisfação do credor - e, por conseguinte, tutela específica - ao atribuir a execução do dever a terceiro.

Sedimentando tal argumentação, corrobora a lição de MARINONI:

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 não permite a tutela dos direitos que dependem do cumprimento de obrigações infungíveis.

Um direito que depende de cumprimento de uma obrigação 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.⁹¹

A ameaça aludida pelo jurista corresponde à multa coercitiva que estará atrelada ao provimento mandamental. No mesmo diapasão se verifica o magistério de DINAMARCO, pois “a resistência do obrigado é fonte de maiores dificuldades para o

⁹⁰ Assevera TALAMINI: “A infungibilidade do dever afasta a possibilidade de consecução do resultado específico sem a participação do réu”. (TALAMINI, op. cit., p. 284).

⁹¹ MARINONI, *Tutela específica...*, p.71-72.

credor quando só por aquele a obrigação pode ser cumprida (obrigações infungíveis, personalíssimas); mas tanto aí quanto nas obrigações de fazer fungíveis é lícito esperar pelo resultado final que é objeto da obrigação - operando-se a conversão em pecúnia somente em caso de absoluta impossibilidade.”⁹²

Em seus estudos sobre a questão TALAMINI vai efetuar a distinção entre infungibilidade natural (hipótese em que o cumprimento por terceiro não representará jamais o resultado identificável com a conduta do próprio réu) e infungibilidade convencional (quando, a prestação executada por terceiro poder gerar o mesmo resultado, todavia houver sido estabelecido em negócio jurídico, que institui a obrigação, a necessidade de cumprimento pelo próprio devedor), afirmando que em ambos os casos fica afastada a busca do resultado prático equivalente.⁹³

4.4 MULTA E OBRIGAÇÃO PRINCIPAL: DIFERENCIAÇÃO ENTRE MULTA COERCITIVA, CLÁUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

Dúvidas não podem pairar sobre a cumulabilidade entre multa coercitiva (âmbito do direito processual) e indenização ou multa derivadas da obrigação principal (âmbito do direito material). O § 2.º do art.461 consigna que: “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art.287)”.

A intenção do legislador é separar estas duas esferas - direito material e direito processual. Tal separação fica evidente quando se admite a cumulação da multa coercitiva processual, com a indenização pelo inadimplemento ou, também, com a cláusula penal existente no contrato.

No âmbito do direito material o credor prejudicado poderá requer indenização por perdas e danos, além de multa convencional (cláusula penal, a teor dos arts. 408 e 409 do CC/2002) que houver sido entabulada para o caso de inadimplemento. O

⁹² DINAMARCO, A reforma..., p. 233.

⁹³ TALAMINI, op. cit, p. 284-285.

primeiro elemento corresponde ao ressarcimento que uma parte teve de suportar em face do inadimplemento (em regra, compreenderá os danos emergentes e lucros cessantes), o outro, refere-se a um dispositivo de natureza sancionatória, preventiva e punitiva previamente determinado no contrato e que objetiva estimular os contratantes a adimplir pela ameaça da multa pecuniária (cláusula penal). A cláusula penal exerce três funções, a saber: pena pelo inadimplemento, compensação ou prefixação da indenização e reforço da obrigação.⁹⁴

Note-se que o juiz que ordena um fazer ou uma abstenção acoplado multa coercitiva não está tendo em mente os danos emergentes e lucros cessantes que uma das partes sofreu, com efeito, a multa processual irá sempre ter em vista o poder de persuadir o cumprimento da ordem e, por conseguinte, dotar de efetividade o mandamento jurisdicional. O comportamento do juiz ao determinar as *astreintes* será desvinculado da existência ou não de cláusula penal.

Outro aspecto diferenciador, concerne à possibilidade das partes disporem sobre a cláusula penal, frise-se que no âmbito da multa coercitiva processual cabe ao juiz a determinação de sua aplicabilidade. É certo que a parte pode, ao aforar sua pretensão, requerer a tutela do art. 461 com imposição de multa, entretanto, caberá ao juízo estipular o cabimento da tutela e as características de incidência da medida coercitiva processual.⁹⁵

Insta observar certo limite quantitativo que o legislador reservou para a multa convencional no art. 412 do Código Civil de 2002 - e que também já existia no diploma anterior - ao impedir que a cominação imposta não exceda o valor da obrigação principal.

⁹⁴ LÔBO, op. cit., p. 98.

⁹⁵ VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. II, p. 175.

Tal reserva não tem aplicação no âmbito da multa coercitiva processual, pois esta, como ver-se-á a seguir, baliza-se pelos critérios de suficiência e compatibilidade e não com o valor da obrigação.⁹⁶

4.5 VALOR DA MULTA

O valor da multa sempre será estipulado em montante capaz de servir aos seus objetivos, em outras palavras, deverá comportar um valor que cause ao devedor a convicção que adimplir é a melhor e menos onerosa opção. O devedor ao sopesar as duas alternativas - de um lado, manter-se renitente e arcar com os valores da multa ou, de outro, cumprir o dever - deve concluir que satisfazendo o credor evitará a diminuição patrimonial que a multa enseja. Revela-se nesta questão a capacidade indutiva e coercitiva da multa.

O § 4.º do art. 461 do Código Processual de Civil dispõe que a multa será imposta quando atender aos critérios de suficiência ou compatibilidade com a obrigação.

Ressalta-se, novamente, que tendo em vista a sua não identificação com a cláusula penal, a multa coercitiva não obedece às exigências do art. 412 do Código Civil de 2002, ou seja, não se limitará ao montante da obrigação. Neste momento há que se fazer algumas ressalvas acerca do objeto da tutela mandamental eis que por meio dela não se tutela exclusivamente obrigações contratuais, mas também deveres

⁹⁶ 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. (Resp. 196262-RJ 3ª Turma Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito julg. 06/12/99).

legais. Ora, em um contrato se estipulam as prestações das partes signatárias, valores envolvidos além de outros detalhes, assim, poder-se-ia dizer que nesses casos há parâmetros mínimos para se estabelecer a multa coercitiva, todavia 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 a hipótese de uma casa noturna que no seu funcionamento propaga sons em amplitude acima dos padrões permitidos na legislação aplicável, criando incômodo para determinada pessoa. Nesse caso, se o prejudicado demanda tutela jurisdicional e sendo esta veiculada através de ordem acoplada com multa, qual poderia ser o valor da medida coercitiva?

Não há contrato, não há uma obrigação e nem, ao menos, o incômodo gerado ao cidadão pode ser calculado com exatidão. 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. (Apelação Cível N.º 120.799-0, 4ª Câmara Cível, rel. Miguel Kfoury Neto, j. 26/06/2002).”

Note-se que não há base de valor da multa no dano moral, na honra ou na privacidade. Ora, em hipóteses como esta o julgador terá que balizar o *quantum* da multa tendo em vista o valor suficiente para dispor o mecanismo de eficácia, com efeito, arbitrar montante que influa coercitivamente no comportamento do demandado.

Deve-se indagar, em primeiro lugar, se a estipulação de multa é cabível. Lembre-se que o juiz poderá valer-se, além da multa coercitiva, das medidas de apoio

previstas no §5.º do art.461. Conforme já abordado, caberá ao juiz, balizado nas peculiaridades do caso concreto, determinar qual a medida adequada para a satisfação do direito material.

Sendo a resposta afirmativa caberá questionar qual o montante suficiente para tornar o mecanismo eficaz, em outras palavras, que valor tem o condão de exercer pressão sobre a conduta do renitente. 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.⁹⁷

Um estudo promovido pelo Canadian Judicial Council elaborou princípios para aplicação da sanção em *contempt of court*, mais precisamente em casos envolvendo descumprimento de *injunction*, e a respeito da multa, assim ficou consignado:

“Quando da imposição de multa, o nível da multa dever ser apropriadamente graduado para refletir a medida da gravidade na desobediência em cumprir a ordem da Corte”.⁹⁸ Transparece nesta hipótese o aspecto punitivo, haja vista que se optou por pensar no grau do desacato e não em termos de poder intimidatório.

Já se explanou anteriormente sobre a necessidade de que a multa coercitiva seja desvantajosa em relação ao descumprimento, asseverou-se que não pode haver compatibilidade entre as opções (não cumprir suportando a multa ou adimplir). Resta agora abordar a questão da capacidade econômica do réu. Observe-se que o critério de suficiência está intimamente vinculado com a capacidade econômico-financeira do demandado.

Poder-se-ia afirmar que, calcado na capacidade econômica do devedor, a suficiência corresponde ao valor mínimo para se obter a intimidação e que, todavia,

⁹⁷ ALVIM, Thereza Arruda. A tutela específica do art.461, do CPC. *RePro*, São Paulo, n.80, 1996, p. 109.

⁹⁸ CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers.** Ottawa, Maio, 2001. p. 43.

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”.

não gere uma situação de enriquecimento sem causa. No tocante a esta questão, há que se ponderar que a multa compreende um mal pecuniário que incide sobre o patrimônio do devedor e, destarte, sua aplicação culminará em diminuição patrimonial. Essa possibilidade de minoração patrimonial deve ser concreta, pois ao se atribuir valor ínfimo não haverá a tão desejada coerção. O caráter intimidatório da multa deve ser afirmado na cominação estipulada pelo juiz.

Observe-se o exemplo abaixo que, inobstante tratar-se de um estudo no âmbito criminal, reflete a necessidade aludida.

Para uma empresa em que os lucros anuais são medidos em milhões, a probabilidade de tal multa exercerá pouca influência no planejamento da empresa. Mesmo penalidade em que a primeira vista apareça expressiva, tal como a multa de £750,000 imposta a British Petroleum em 1987 por violações de segurança em Grangemouth, aclamada como um marco, pode ser desconsiderada. No mesmo ano os lucros relatados da empresa British Petroleum estavam em £1,391,000,000, fazendo com que a multa representasse 0,05% de sua taxa de lucro.⁹⁹

Ora, para dada empresa que somente de lucro anual declarado obteve o faturamento de 1 bilhão e trezentos e noventa e um milhões de libras esterlinas, ínfima é a multa no valor de setecentos e cinquenta mil libras, porquanto representa 0,05% de sua taxa de lucro daquele ano. Como afirma o texto, tal multa exercerá pouca influência no planejamento financeiro da empresa podendo ser até previsto como custo normal, inerente à atividade empresarial, inclusive, não se necessitando que tal custo seja repassado ao consumidor. No exemplo descrito a multa não apresentou o caráter intimidatório necessário à coerção, destarte, prescindiu-se do critério de suficiência, porquanto este deve estar intimamente ligado à capacidade econômica do renitente.

Por outro lado, a multa não pode compreender valor excessivo, pois neste caso estar-se-ia ofendendo o princípio do menor sacrifício do devedor e ensejando o

⁹⁹ GOBERT, James. **Corporate criminality: four models of fault**. *Legal Studies*, Butterworths, vol. 14, n.3, November, 1994. p. 395. No original: *"To a company whose annual profits are measured in millions, the prospect of such a fine will exert little influence in its corporate planning. Even penalties with a first blush appear impressive, such as the £750,000 fine imposed on British Petroleum in 1987 for safety violations at Grangemouth, hailed at the time as a landmark, can be misleading. In the same year BP's reported profits were £1,391,000,000, making the fine 0,05% of its after tax profits. Such penalties are likely to be shrugged off as a cost of doing business, even assuming that they cannot be passed on to the consumer"*.

Por outro lado, a multa não pode compreender valor excessivo, pois neste caso estar-se-ia ofendendo o princípio do menor sacrifício do devedor e ensejando o enriquecimento sem causa do credor.¹⁰⁰ Ao se imputar multa em valor excessivamente superior ao que seria suficiente para influenciar a conduta do demandado não se estará optando pelo modo menos gravoso para o devedor, em ofensa aos princípios que regem a execução.¹⁰¹ Necessário salientar que “desempenhando a multa o papel de levar o réu a cumprir a obrigação, esta não deve ser ínfima, sob pena de não representar pressão alguma, nem exagerada, a ponto de, somadas as parcelas devidas, ter-se um *quantum* superior ao patrimônio do devedor, o que faz com que a pena pecuniária também deixe de significar uma ameaça, levando o réu a cumprir espontaneamente a obrigação tal como anteriormente avençada”.¹⁰²

4.5.1 Adequação do Valor da Multa

O § 6.º do art. 461, instituído pela segunda fase da reforma do Código de Processo Civil vai conceder ao juiz o poder de adequação da multa coercitiva às necessidades que sobrevirem à decisão que a comina, mediante a modificação do valor ou a periodicidade de sua incidência. Dispõe do dispositivo *supra* citado:

“§ 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

¹⁰⁰ Conforme a decisão do STJ ementada da seguinte maneira: “Processo civil. Ação cominatória. Execução. Pena pecuniária. CPC, arts. 287, 644/645. Enriquecimento indevido. Limitação. CC, arts. 920 e 924. Hermenêutica. Recurso inacolhido. I - O objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. **Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se as “astreintes” do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao direito repugna**”. (STJ, 4º Turma, REsp. 13.416, j. em 17.03.1992, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). [grifo nosso]

¹⁰¹ O art.620 do CPC dispõe: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.” Além disso Roberto Molina PASQUEL, em seu estudo sobre o *contempt of court*, salienta que “*los límites de la sanción quedan a la discreción del tribunal; sen embargo, el castgo ha de ser definido, y no debe ser excesivo*”. (PASQUEL, op. cit., p. 158).

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2002. p. 113.

Conforme exposto anteriormente (ver item 4.5), a cominação multa deve atender a certos critérios, a saber, suficiência, compatibilidade com a obrigação, adequação e proporcionalidade. Pode 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.

A permissão de aumento o valor será consequência da insuficiência persuasiva da multa imposta. Se o valor cominado não dispõe de poder intimidatório é porque ainda, para o obrigado, é mais interessante pagar a multa e manter-se renitente. Avulta, nessas hipóteses, a insuficiência da cominação e caberá ao julgador reforçar a coerção.

Em se tratando de multa dirigida a pessoa jurídica, seja de direito público ou de direito privado, defende-se a postura de que o juiz ao verificar a ineficácia da multa dirigida à empresa ou ao poder público deve sopesar entre aumentar o valor da multa e imputar a cominação diretamente àquele que é responsável pela pessoa jurídica (ver capítulo 5).

No tocante à redução de valor, parece ser cabível quando há o parcial cumprimento da ordem imposta ou reconsideração do valor antes arbitrado. Esse último caso pode ocorrer quando o juiz verifica que a multa coercitiva antes cominada compreende valor que extrapola os limites da suficiência e da razoabilidade.

Cumprе sublinhar a alternativa alvitrada por MARINONI, o ilustre processualista compreende ser cabível multa com valor progressivo, a semelhança do Direito argentino¹⁰³, conforme o autor “no caso de ilícito continuado, o valor da multa pode ser fixado em forma progressiva. Ora, se a multa admite a possibilidade de resistência do demandado, o juiz pode fixar uma multa cujo valor aumente progressivamente com o passar do tempo”¹⁰⁴.

¹⁰³ 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”.

¹⁰⁴ MARINONI, *Tutela específica*..., p. 108.

Enfatize-se 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 da lide assim impuser, vale dizer, é um poder instrumental que deve ter sempre em vista a exigência de tutelar os direitos de maneira adequada e efetiva. A lição de ARAKEN DE ASSIS se dá 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”.¹⁰⁵

4.5.2 Alteração de Periodicidade da Multa

Conceder ao juiz o poder de alterar a periodicidade da multa significa fazê-la incidir em períodos maiores ou menores do que antes havia fixado.

Antes da reforma propiciada com a lei 10.444/2002, a redação do § 4.º do art. 461 poderia ensejar interpretação de que a multa coercitiva deveria ter incidência, obrigatoriamente, diária. Em vista das recentes alterações do mencionado dispositivo fica evidente que o juiz poderá utilizar outras unidades de tempo, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Vale a ressalva que tanto a cominação inicial, quanto alterações subseqüentes permitem a adoção de unidade de tempo diferente do dia.

Para sedimentar tal argumentação assim certifica 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 poderá ser ‘por tempo de atraso’. Logo, qualquer grandeza temporal poderá ser adotada

¹⁰⁵ ASSIS, op. cit., p. 551.

(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).¹⁰⁶

4.6 COMINAÇÃO DE MULTA *PER OFFICIUM IUDICIS*

No sistema de tutela específica concebida pelo art. 461 do Código de Processo Civil, a adoção de medidas adequadas para a tutela dos direitos pode ser tomada *ex officio* pelo juiz. Com efeito, em muitos pontos, a atuação do juiz no comando do processo prescinde de requisição das partes.¹⁰⁷

A esse respeito, o art. 461 do CPC, tanto em seu § 4.º quanto na hipótese genérica do § 5.º, autoriza a atuação de ofício do juiz na imposição da multa coercitiva. A propósito, 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-juiz”.¹⁰⁸

4.7 MOMENTO DE APLICAÇÃO DA MULTA

O art. 461, § 4.º, consigna que o juiz pode impor multa ao réu na sentença ou na decisão interlocutória que antecipa a tutela (art. 461, § 3.º). Enfatize-se que a sentença que concede a mencionada tutela específica, tendo natureza mandamental, é cumprida no próprio processo de conhecimento, dispensando a existência de processo específico e distinto de execução propriamente.

¹⁰⁶ ASSIS, op. cit., p. 552.

¹⁰⁷ 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 impôla 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).

¹⁰⁸ DINAMARCO, A reforma..., p. 237.

Sem embargo, não significa que, em caso de omissão do juiz naqueles momentos ou negando de modo expresso a cominação, fique excluída a possibilidade de se imputar a multa posteriormente. Na hipótese de omissão do juiz caberá a parte opor embargos de declaração à sentença ou à decisão interlocutória, notadamente em casos em que haja sido feito requerimento sobre a cominação de multa coercitiva.

De qualquer sorte, mesmo que não haja pedido expresso acerca da multa coercitiva, sempre que as circunstâncias do caso concreto exigirem, poderá o juiz cominar as *astreintes* para fazer cumprir sua decisão. Tal entendimento se deduz da hipótese genérica do § 5.º, art. 461, em que se concede ao juiz o poder de tomar medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, não se aludindo a momentos específicos para lançar mão das medidas necessárias.

Dúvida poderia surgir quando, em se tratando de prestação fungível, o credor opta por outro meio executório que não a multa e, posteriormente, se arrepende. A esse respeito, proclama ARAKEN DE ASSIS:

"Tratando-se de obrigação fungível, a contemplação da pena no título jamais impedirá de o credor optar pelo meio executório de transformação, igualmente aplicável ao caso. Nesta hipótese, por óbvio, o credor desiste implicitamente da pena, fixada, aliás, no seu exclusivo interesse, e não poderá invocá-la mas adiante"¹⁰⁹

4.8 INÍCIO DA INCIDÊNCIA E DURAÇÃO DA MULTA COERCITIVA

Nas hipóteses de multa fixada em antecipação de tutela, a sanção coercitiva tem incidência com efeito imediato. Assim não ocorrerá, se interposto agravo e for recebido no efeito suspensivo. Em tal hipótese suspende-se o efeito da decisão interlocutória que antecipou a tutela e, por conseguinte, da multa a ela atrelada.

No caso de fixação de multa na sentença há dependência da interposição do recurso de apelação. Inexistente a apelação, a multa passa a incidir com o trânsito em

¹⁰⁹ ASSIS, op. cit, p.554

julgado da decisão. Por outro lado, se recebida apelação nos dois efeitos, tanto a sentença quanto à multa permanecem com a eficácia suspensa.

O *dies a quo* da multa é aquele imediatamente posterior a cessação do prazo de cumprimento. A previsão do § 4.º, art. 461, consigna que o juiz fixará prazo razoável para o cumprimento do preceito. Portanto, a cominação passa a incidir vencido este prazo sem que haja, por óbvio, cumprimento do obrigado.

Em verdade, antes do vencimento do prazo não há descumprimento da ordem, por conseguinte, não há como postular incidência da cominação.¹¹⁰

A multa torna-se ineficaz e, destarte, não mais aplicável, quando impossível a tutela específica ou quando o autor requerer a conversão em perdas e danos. Em outros termos, tornando-se impossível a prestação *in natura*, com ou sem culpa do obrigado, a multa coercitiva restará inexigível desde este momento, porquanto inviável seu objetivo, que é a execução específica.

Insta sublinhar que tanto a aplicação da multa quanto sua suspensão exigem extrema sensibilidade do julgador. Ora, sabe-se que para a satisfação do credor o art. 461 do CPC concebe várias medidas, 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 ou pela impossibilidade do cumprimento *in natura*, de ofício pode o juiz tomar outras medidas. Se optar por utilizar as medidas de apoio (sub-rogatórias), cessará sua aplicação da multa coercitiva, todavia o montante até então gerado será devido e, por óbvio, cumular-se-á com o valor despendido com as medidas de apoio do §5.º, do art. 461.¹¹¹

¹¹⁰ Explicitando esta argumentação 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...*, p. 239).

¹¹¹ Elenca-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 do efeito executivo *lato sensu*. O provimento concessivo da tutela do artigo 461 pode conter eficácia executiva *lato sensu* e autoriza a tomada de medidas necessárias destinadas à obtenção do resultado prático equivalente.

Ao perceber-se a ineficácia da multa de nada adianta que se mantenha a cominação, esta “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”.¹¹²

Frise-se ainda, que 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.¹¹³

4.9 MOMENTO DE EXIGIBILIDADE DA MULTA

A questão a ser discorrida concerne ao momento em que o credor pode cobrar o crédito acumulado da multa. Inexiste disposição expressa no Código de Processo Civil, destarte, é necessário certa reflexão sobre o tema.

De acordo com entendimento de DINAMARCO a possibilidade de execução do crédito advindo da multa ocorrerá depois do trânsito em julgado do provimento mandamental. O autor faz a seguinte distinção:

- a) para as multas fixadas na sentença ou acórdão portador do julgamento de mérito, o crédito da multa será exigível após o trânsito em julgado do preceito mandamental. Assevera o autor que antes disso, haverá a possibilidade do preceito ser reformado.

¹¹² TALAMINI, op. cit., p. 249.

¹¹³ 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).

b) para multa imposta em decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela o entendimento deve ser o mesmo haja vista a provisoriedade da antecipação, em outras palavras, havendo incerteza quanto à decisão derradeira do Poder Judiciário acerca da obrigação principal, a própria antecipação de tutela pode ser revogada conjuntamente com a multa pecuniária.¹¹⁴

A exposição das idéias de DINAMARCO, permite concluir que a exigibilidade da multa só ocorrerá após o trânsito em julgado da decisão de mérito e que, também, confirma a tutela antecipada.

Discordando de tal posicionamento, TALAMINI postula 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, a esse respeito proclama o processualista que “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).”¹¹⁵

Em que pese esta argumentação, tal postura não deve prevalecer, há que se subscrever à advertência feita por DINAMARCO no seguinte asserto:

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.¹¹⁶

Consoante tal posição, Sérgio Cruz ARENHART, ao analisar o tema da multa coercitiva, conclui que “tanto pela ausência de fundamento que o autoriza, quanto pela

¹¹⁴ DINAMARCO, **A reforma...**, p. 239-240.

¹¹⁵ TALAMINI, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁶ DINAMARCO, **A reforma...**, p. 240.

natureza da multa coercitiva (...), quanto ainda pela ausência de utilidade prática, não é de se admitir a execução provisória da sanção pecuniária”.¹¹⁷

Poderiam surgir dúvidas acerca do maior ou menor potencial de coerção da multa em face da possibilidade de sua exigência imediata ou posterior ao trânsito em julgado. A posição de TALAMINI é a expressada nos seguintes termos: “A ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu através da execução do crédito da multa é o mais forte fator de influência psicológica. A perspectiva remota e distante de execução depois do trânsito em julgado em nada ou muito pouco impressiona.”¹¹⁸

Contrapondo tal posicionamento MARINONI deixa claro que a efetividade da multa não depende da cobrança de seu valor, caso contrário, a cobrança faria parte dos instrumentos indispensáveis à efetividade da tutela jurisdicional. Vale a pena transcrever as palavras do professor paranaense quando aduz que:

“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.”¹¹⁹

Acertado parece tal postura eis que o réu tem a consciência de que a multa, em caso de procedência da pretensão do autor, será exigida (seja imediatamente ou após o trânsito em julgado); e isso, por si só, corresponde ao efeito coercitivo. A possibilidade de recurso à sanção demonstra o caráter intimidatório, podendo-se, assim, prescindir da questão sobre o momento em que o crédito da multa será, de fato, executado.

4.10 EXECUÇÃO DO CRÉDITO DA MULTA

No tocante à cobrança do crédito acumulado pela incidência da multa, dever-se-á seguir o procedimento de execução por quantia certa do CPC. A execução dos

¹¹⁷ ARENHART, **Perfis da tutela inibitória coletiva...**, p. 381. Todavia, o citado autor não defende a idéia de execução de multa apenas no final. Aliás, alvitra que a multa possa ser executada no mesmo processo, mediante atos de expropriação estatal.

¹¹⁸ TALAMINI, op. cit., p. 254.

¹¹⁹ MARINONI, **Tutela específica...**, p. 109-110. Sendo ainda mais taxativo, o autor afirma que: “A imposição de multa para o cumprimento da ordem é suficiente para realizar este escopo, pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa.”

deveres de fazer e não fazer é disciplinada pelo art. 461 do CPC, por sua vez o crédito advindo da multa se executa por via distinta.

Trata-se, pois, de execução fundada em título judicial, e desejando executá-la o credor liquidá-la-á mediante cálculo (art. 604, CPC).

Existente a condenação à multa diária, tem-se na sentença respectiva o título necessário para a instauração da execução forçada. A *astreinte* é uma condenação condicional, a termo, de valor variável. Para exigí-la, pela via da execução forçada, torna-se necessário demonstrar que a obrigação não foi cumprida pelo devedor, quanto durou o inadimplemento e qual o valor a multa assumiu.

O *dies a quem* normalmente deve vir indicado no título e, se isto não ocorreu, caberá ao juiz da execução fixá-lo. Quanto ao *dies ad quem*, será determinado no processo em função da apuração do dia em que a obrigação veio a ser efetivamente cumprida. Calculado o espaço de tempo entre os dois termos, ter-se-á, por simples cálculo aritmético, a definição do *quantum* a executar. A multa se apresenta, no título, como um acessório a condenação da obrigação de fazer ou não fazer.

4.11 BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO DA MULTA

A despeito de não haver previsão legal, é assente na doutrina que ao autor cabe o crédito advindo da sanção pecuniária. Atribui-se tal opção pela comparação com as *astreintes* francesas que, por sua origem indenizatória e pela permanência de seu caráter de pena privada, têm seu crédito revertido ao credor.

Todavia, alguma incerteza surge quando se pensa na característica da multa enquanto instrumento de proteção do poder estatal. Essa feição pública da multa acaba por gerar questionamentos sobre a reversão do montante acumulado para esfera do matrimonial do autor. Parte da doutrina vai argüir a pertença do crédito ao Estado.

Ao ponderar sobre o aspecto da efetividade provida pela atribuição do crédito ao autor, TALAMINI destaca que a aptidão da multa de pressionar psicologicamente o réu está vinculada a perspectiva que seu crédito seja rápido e rigorosamente exigido,

além disso afirma que dispondo do crédito, o autor terá a faculdade de utilizá-lo em composição com o réu para obtenção do adimplemento da obrigação principal. Aliás, enfatiza que ao se reverter a multa em benefício do autor, concede-se ao principal interessando pelo cumprimento do dever, a faculdade de executar o crédito. Conforme foi exposto (ver item 4.10), o autor mencionado vê na possibilidade de execução imediata do crédito, um meio de reforçar a coerção provida pela multa.¹²⁰

Ao se defender a reversão do crédito da multa para o Estado é inafastável cogitar as hipóteses em que as ordens cumuladas com multa são dirigidos ao Poder Público, eis que nesses casos o Estado pagaria multas que seriam revertidas para o próprio Estado. De fato, haveria de se reconhecer uma grave perda de efetividade da sanção pecuniária.

Por fim, e a título meramente ilustrativo, pode-se tomar como exemplo a figura do *contempt of court*, notadamente em sua feição coercitiva (*civil contempt*). Verificar-se-á que em muitas oportunidades a Corte atribuirá, no desenrolar do caso concreto, o beneficiário e a forma de pagamento da multa, conforme se transcreve:

“Ordenando pagamento de multa, a Corte pode permitir, pela imposição de apropriadas condições, que o réu (*contemnor*) satisfaça a multa de modos alternativos, tal como o pagamento de caridade ou pela provisão de serviços gratuitamente aos prejudicados pelo seu comportamento.”¹²¹

¹²⁰ TALAMINI, op. cit., p. 254.

¹²¹ CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers.** Ottawa, Maio, 2001. p. 44.

No caso *Health Care Corp. of St. John's v. Nfld. and Labrador Assn. of Public and Private Employees* foi consignado que: “In ordering payment of a fine, the court may permit, by imposition of appropriate conditions, the contemnor to satisfy the fine in alternative ways, such as payment to a charity or the provision of free services to the persons harmed by the continuance of the contemptuous behaviour.”

5. IMPOSIÇÃO DE MULTA EM FACE DA PESSOA JURÍDICA: A NECESSIDADE DE COERÇÃO DA PESSOA FÍSICA TITULAR DOS PODERES DE COMANDO

5.1 ESCLARECIMENTOS INTRODUTÓRIOS

O presente estudo busca formular critérios para que se possa impor diretamente ao responsável pela pessoa jurídica (dirigente, administrador, sócio, diretor, ou, a exemplo da doutrina inglesa, quem se identifique com a própria empresa e tenha poder de decisão - *to embody company's mind*¹²²) a ordem do provimento mandamental e as medidas processuais de coerção previstas para a efetivação das tutelas dos deveres de fazer e não fazer.

Os provimentos judiciais que concedem a tutela específica, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil, dirigem ordem ao demandado. Há a direta determinação de que o réu cumpra o fazer ou a abstenção objeto do dever pretendido pelo autor. A nova via instituída pelo artigo 461, objetiva o resultado que se teria caso houvesse, por parte do demandado, a conduta esperada.

O dispositivo legal *in casu* concede ao órgão jurisdicional poderes para o alcance da tutela específica ou resultado correspondente em qualquer obrigação de fazer ou de não fazer. Vale destacar que a tutela específica concerne à obtenção do resultado originariamente esperado, mediante conduta própria do demandado. Essa concessão de poderes tem como finalidade impelir a atuação do próprio réu e exige como pressuposto a ordem emanada do juízo.

Os provimentos advindos do artigo 461, que tutelam os deveres de fazer e de não fazer, não se cingem a autorizar o emprego de meios que substituem a conduta do réu, porém, superando isso, são aptos para ordenar que o próprio réu adote o comportamento devido valendo-se dos mecanismos processuais de coerção.

¹²² GOBERT, James. *Corporate criminality: four models of fault*, p. 395.

O presente estudo limitar-se-á ao estudo da multa coercitiva. Esta, por sua vez, tem como função compelir o sujeito passivo a cumprir uma determinação específica vez que ameaça o devedor com o pagamento de uma prestação pecuniária que, por seu adequado montante, representa relevante prejuízo. Trata-se de feição específica e exclusiva de emprestar força coercitiva à ordem judicial.

Fixadas essas premissas, o problema que se passa analisar avulta em certas hipóteses nas quais a multa coercitiva pode deixar de influenciar o demandado, com efeito, pode desprover-se de coerção e, conseqüentemente, perder toda sua efetividade.

Um dos momentos em que se vislumbra tal hipótese se dá quando no pólo passivo de uma demanda se encontra uma pessoa jurídica, conforme demonstrar-se-á adiante.

5.2 HIPÓTESE DE INEFETIVIDADE DA MULTA COERCITIVA QUANDO IMPUTADA PARA A PESSOA JURÍDICA

Justificável a existência de questionamentos em relação a esse posicionamento doutrinário que defende a imposição de multa diretamente àquele que comanda a pessoa jurídica, todavia, o desiderato de tal estudo visa, justamente, fundamentar a base de permissão dessa técnica.

Ao pretender-se abordar, novamente, as concepções e princípios que orientam o processo civil moderno admite-se estar forçando uma porta que já se encontra aberta, todavia parece imperioso salientar alguns pontos. O processo civil de resultados tem como corolário o dever de conceder a cada um a devida e adequada tutela do direito. Não se pode prescindir de novos mecanismos que aproximem o direito processual das situações substancias carente de tutela.

Inafastável nesse momento é a conclusão do Prof. Michele TARUFFO na sua análise comparativa da atuação executiva dos direitos. Entre os pontos conclusivos, o jurista italiano expõe o seguinte:

Eu definiria o primeiro desses aspectos como “tendência em direção à completude” da tutela executiva. A idéia fundamental, que pode ser mais ou menos “formulada”, conforme cada caso, mas que, todavia, constitui-se num valor essencial colocado na base da evolução de muitos ordenamentos, é que o sistema da tutela jurisdicional deve tender a fornecer instrumentos executivos para todas as situações jurídicas tuteláveis, todas as vezes que o pronunciamento de cognição não seja, de per si, suficientemente a realizar o direito com efeito de declaração ou constituição. Este valor pode ser levado a efeito com técnicas bastante diferentes, em função das peculiaridades históricas e estruturais dos vários ordenamentos.¹²³

Poder-se-ia elencar como princípio da nova tendência do processo civil o “dever de fornecer instrumentos executivos para todas as situações jurídicas tuteláveis”¹²⁴, ademais, e também consoante tal entendimento, parte da doutrina aduz ao direito fundamental à tutela executiva, incluindo nesse âmbito, além de outros aspectos, a adoção de todos os meios executivos necessários à prestação da tutela efetiva.

Fulcrado em tal posicionamento, ao se verificar que o provimento mandamental atrelado à multa não tem força intimidatória em face da pessoa jurídica, plausível o questionamento acerca da eficácia que o mesmo provimento teria caso fosse dirigido diretamente para o responsável pelo ente personificado e que, além disso, a multa incidisse sobre o patrimônio particular do administrador. Ao se falar em responsáveis se aduz àqueles que dentro da estrutura peculiar de cada pessoa jurídica tem o poder de cumprir o comando judicial, nessa classificação enquadram-se os diretores, administradores e demais funcionários de uma empresa privada, como também o administrador público e agentes administrativos em geral.

Caso, na aplicação do provimento mandamental que impõe multa coercitiva à pessoa jurídica, se verifique a ineficácia do provimento mandamental, pela

¹²³ TARUFFO, op. cit., p. 90.

¹²⁴ Em nosso juízo, os princípios existentes que orientam o processo civil induzem a necessidade de criação de instrumentos que protejam todos as situações substanciais.

desobediência à ordem do juízo, parece razoável invocar-se a cominação de multa àquele investido nos poderes jurídicos para dar cumprimento ao mandado. Nesse aspecto, a ordem mandamental cumulada com a sanção pecuniária dirigir-se-á ao responsável pelo ente personificado, seja dirigente, administrador, agente administrativo, dentre outros.

Essa construção tem como premissa básica a idéia que intimidando-se coercitivamente os que controlam a pessoa jurídica dar-se-á ao provimento jurisdicional um grau de eficiência superior porquanto atuará no âmbito patrimonial e de responsabilidade da pessoa física. É afastada a possibilidade do responsável pela pessoa jurídica ignorar a ordem do juízo, abrigando-se por trás da personificação.

5.3 METÓDO DE APLICAÇÃO

De fato o processo de personificação implica em uma série de efeitos, a saber: com a constituição da pessoa jurídica cria-se um novo centro de direitos e deveres, dotado de capacidade de direito e de fato, e de capacidade judicial; esse novo pólo de imputação passa a ter direitos e deveres distintos das pessoas que dele participam individualmente; a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é completa em face de seus membros, implicando no fato de que o patrimônio da pessoa jurídica é independente do patrimônio das pessoas que a constituem e, ademais, passa existir independência das relações jurídicas da pessoa jurídica relativa às dos seus membros participantes.

Com base nessas idéias, para efeito de aplicação da multa coercitiva não se pode prescindir da autonomia da pessoa jurídica, notadamente da capacidade judicial da pessoa jurídica.

Por conta dos efeitos da personificação a cominação de multa dar-se-á, em regra, para a pessoa jurídica. Posteriormente, verificando a insubordinação em face do

mandamento inicial, deverá o juiz buscar o cumprimento da ordem apoiado em outras medidas.

Além da opção pela adoção de medidas sub-rogatórias, poderá o magistrado imputar a mesma ordem atrelada à multa para a pessoa física investida nos poderes jurídicos para dar execução ao comando judicial, vale dizer, para aqueles que ocupam posição de administração e direção da pessoa jurídica.

Enfatize-se, ainda, que esta última hipótese deverá ser colocada em funcionamento, caso verificado a inefetividade da regra geral.

Sem embargo do caráter supletivo da multa cominada para o dirigente da pessoa jurídica, admitem-se hipóteses em que a sanção pecuniária possa, de plano, ser atribuída ao responsável (pessoa natural). Tome-se como exemplo casos em que o juiz já tenha conhecimento ou já tenha sido evidenciado que a pessoa jurídica não cumprirá o provimento judicial. Poder-se-iam cogitar hipóteses em que a pessoa jurídica encontrando-se em grave dificuldade financeira poderia ignorar o potencial ofensivo da multa. Preceitua-se que, nesses casos, ter-se-ia convicção que a multa não irá ser executada em face da insolvência patrimonial. Eficaz, portanto, que se faça incidir a sanção pecuniária no âmbito patrimonial particular do dirigente.

Conclui-se, nesse exemplo, que o dirigente responsável poderia optar pela renitência pois assegurado estaria de que a multa incidiria em patrimônio distinto do seu. Afastando-se tal obstáculo, o processo passa a ter sua força executiva verdadeiramente potencializada.

Poder-se-ia ainda postular uma aplicação conjunta do meio coercitivo, melhor definindo, ao exarar o comando, o juiz cominará multa tanto para o ente personificado quanto para a pessoa natural dirigente. Sem sombra de dúvidas o poder coercitivo da medida seria reforçado, pois, estar-se-ia, simultaneamente, ameaçando o patrimônio em ambas esferas, como também induzindo aquele que, de fato, exerce a atividade psíquica-decisória.

Levando-se em consideração situações que demandem grande urgência, que envolvam deveres de não fazer (ver item 4.4.1) ou, também, deveres de fazer com

consumação instantânea (ver item 4.4.2.1), de nada adianta pensar em utilização supletiva da multa imputada ao dirigente da pessoa jurídica. Em outros termos, ou se lança mão inicialmente do método ou, posteriormente, não haverá mais cabimento prático.

5.4. A AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao se postular a possibilidade de cominação de multa coercitiva diretamente ao dirigente é mister, como primeiro dos passos, extrair a orientação da Carta Constitucional e de todo sistema que dela deriva.

A proibição de autotutela resultou na assunção por parte do Estado do dever-poder de solucionar os conflitos de interesse nascidos no corpo social. Tais conflitos são solucionados por um órgão dotado de deveres-poderes peculiares que, segundo Chiovenda, tem a tarefa de afirmar e atuar a vontade abstrata da lei. Na perspectiva de Enrico Allorio, a jurisdição corresponde a esta atividade do Estado que tem aptidão para produzir coisa julgada, e esta característica é que delinea a jurisdicionalidade. A esse respeito, Carnelutti pronuncia-se afirmando que a jurisdição consiste na resolução de conflitos de interesses caracterizados por uma pretensão resistida, com efeito, a jurisdição corresponderá a justa composição deste conflito.

Com base nessas teorias e suas respectivas críticas, Ovídio Baptista da SILVA afirma que a jurisdicionalidade dos atos se configurará pela atenção a dois pressupostos fundamentais, a saber, “o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função” e, além disso, tal atuação ocorre como terceiro imparcial em relação aos interesses postos sob sua apreciação.¹²⁵

¹²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5.^a ed. rev. São Paulo: RT, 2000. v. 1, p. 27.

Ao assumir tal posicionamento frente à resolução dos conflitos de interesse, o Estado “também assumiu o grave dever de prestar aos cidadãos aquilo que denominamos de ‘adequada tutela jurisdicional’”.¹²⁶

No tocante ao tema, a doutrina faz referência ao art. 5.º, XXXV da Constituição o qual, condensando o princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹²⁷

Utilizando a autoridade da doutrina de J. J. Gomes CANOTILHO, perceber-se-á que o direito de acesso à justiça é concebido em uma dupla dimensão, qual seja, um direito de defesa ante os tribunais e contra atos do poder público e, paralelamente, um direito de proteção do particular através da jurisdição estatal.¹²⁸

Em um segundo momento, CANOTILHO afirma que o direito ao acesso aos tribunais implicará no direito a uma decisão fundada no direito e no direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados. Salienta, em seguida, a necessidade da proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada, asseverando que “ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil («adequação temporal», «justiça temporalmente adequada»), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* - «a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça».”¹²⁹

¹²⁶ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 71.

¹²⁷ Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA: “O princípio de proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos (...) Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do art. 5.º, XXXV, LIV e LV”. (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.431).

¹²⁸ CANOTILHO, p. cit, p. 488-490.

Assim se pronuncia o ilustre jurista português:

“Uma primeira e ineliminável dimensão do direito à proteção judiciária e a protecção jurídica individual. O particular tem o direito fundamental de recorrer aos tribunais para assegurar a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (cfr. art. 20.º/1)”.

¹²⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 493.

Acerca do tema, necessárias são as observações de Luiz Guilherme MARINONI *in A* antecipação da tutela, cap. 3, item 4, p.155 et seq.

Por derradeiro, o constitucionalista português, alude ao direito à execução das decisões dos tribunais afirmando que:

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 reconhecedora 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» (cfr. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6.º)¹³⁰

Ao abordar a questão do devido processo legal, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que combinado com o direito de acesso à justiça, com o contraditório e a ampla defesa se completa o ciclo das garantias processuais, todavia, o constitucionalista vai mais além, declara que quando se fala em processo “alude-se, sem dúvida a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue ao Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.”¹³¹

Da conjugação de algumas das posições acima expostas poder-se-ia destacar importantes conclusões:

- a) o Estado, através da jurisdição não só declara, mas também atua a vontade da lei, ademais o processo deve ser concebido como formas instrumentais adequadas a fim de que a prestação estatal possa "dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter."¹³² E não bastando isso "deve-se ter por admissível todo modo de atuação da lei (e todo meio executivo) que seja praticamente possível e não seja contrário a uma norma geral ou especial do direito".¹³³ (Chiovenda);

¹³⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 494.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...*, p. 433.

¹³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*, t.I, n.12. p. 42.

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*, t. I, n.12. p. 43.

- b) a proteção jurídica adequada e efetiva pressupõe o direito à execução das sentenças, para tanto deve o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às decisões do juiz (Canotilho);
- c) o sistema da tutela jurisdicional deve tender a fornecer instrumentos executivos para todas as situações jurídicas tuteláveis (Michele Taruffo).

Parece evidente que a criação de direitos e a inexistência de tutela jurisdicional adequada para proteção dos mesmos direitos representa, deveras, uma patologia no ordenamento jurídico, todavia os alicerces constitucionais que fundam as bases do sistema jurídico demonstram que tal desconformidade pode (e deve) ser superada. Ademais, a reforma do Código de Processo Civil de 1994 que institui uma nova técnica para os deveres de fazer e não fazer deixou claro que as medidas de pressão psicológicas de nada interferem na liberdade pessoal ou na dignidade da pessoa. Já asseverava Luís Eulálio de Bueno VIDIGAL que "é um pouco exagerado esse religioso respeito à vontade individual. A vontade humana em si não merece proteção apenas por ser vontade humana. Protege-a o Estado quando ela é conforme o direito"¹³⁴.

A conjugação das medidas coercitivas previstas no art. 461 do CPC com a exigência constitucional de atuação executiva adequada dos direitos, permite a conclusão de que o instrumento da multa coercitiva deve ser usado de tal sorte que efetive plenamente o direito substancial. Se com vistas a esse desiderato, necessário for a imputação da medida coercitiva aos dirigentes, administradores ou sócios da pessoa jurídica envolvida, de forma alguma poder-se-á prescindir de tal utilização.

¹³⁴ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade**. Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 152-153.

5.5. PODER-DEVER DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Na perspectiva proposta por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o juiz em sua atuação está vinculado a muitos princípios norteadores, todavia, seu agir antes de compreender um poder, é pautado por deveres. Na afirmação do administrativista se tratam de deveres-poderes haja vista que estes são meramente instrumentais àqueles, vale dizer, o poder é concedido em vista de um dever.¹³⁵ Para que seja possível a administração da justiça o sistema normativo, com base na Constituição Federal, concebe ao magistrado diversos poderes, dentre os quais o poder de coerção.

Por estar adstrito a preservação da justiça e aos escopos do processo, o juiz deve atender as demandas postas sob sua análise e, além disso, conceder a cada uma tutela adequada e efetiva. Consoante tal posicionamento Marcelo Lima GUERRA, abordando a questão dos direitos fundamentais do credor, aduz que a necessidade de meios executivos adequados a proporcionar uma integral proteção conduz às seguintes conseqüências:

- a) o juiz tem o poder-dever de interpretar 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;
- b) o juiz tem o poder-dever de 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;
- c) o juiz tem o poder-dever de 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 o observado os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.¹³⁶

¹³⁵ MELLO, Celso Bandeira de. op. cit., p. 43.

Assim afirma o autor: “Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio(...) Antes se qualificam e melhor se designa, como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão sua inerentes limitações”.

¹³⁶ GUERRA, *Direitos fundamentais do credor...*, p. 104-105.

Adstrito ao dever de administração da justiça, o juiz deve lançar mão de todos os meios possíveis de efetivação dos direitos e transpor os obstáculos apresentados. E, nesse sentido, prestará a utilização da multa em face dos dirigentes da pessoa jurídica.

Em última análise, sob estes fundamentos se propugna afirmar que a imputação da multa diretamente àquele que comanda a pessoa jurídica configura algo plausível na ordem normativa brasileira.

5.6. A LIÇÃO DE CHIOVENDA: PODER DE COERÇÃO DO MAGISTRADO

O incomparável jurista italiano alude expressamente ao poder de coerção do juiz, conforme o seguinte asserto:

“O campo próprio do desenvolvimento do poder coercitivo é o período da execução. Porém, tem também lugar no período de cognição”.¹³⁷ Em seguida, o referido autor elenca uma série de poderes que competem ao juiz dentro do processo, dentre eles o de manter a manutenção de boa ordem, do respeito, a possibilidade da testemunha recalcitrante ser condenada a multa pecuniária, o poder de se obter coercitivamente a produção de documentos contra o depositário deles, dentre outros.

Porém, o que avulta é afirmação de que o “órgão jurisdicional pode remover coercitivamente todos os obstáculos que interponham o exercício de sua função, em particular de sua ordens.”¹³⁸

Em verdade, são várias as possibilidades que a ficção jurídica que cria o ente personificado pode configurar obstáculo para atuação executiva da jurisdição. A

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. de José Casáis y Santaló. Madri: Reus, 1922. t.1, p.457. Conforme o original: “El campo propio del desarrollo del poder coercitivo es el periodo de ejecucion (§10). Pero también tiene lugar em el periodo de conocimiento.”

¹³⁸ CHIOVENDA, **Principios de derecho procesal...**, p. 458.
No original: “Pero el órgano jurisdicional puede remover coercitivamente los obstáculos que se interpognam al ejercicio de su función, en particular de sus órdenes”.
A versão brasileira se dá nos seguintes termos: “Em geral, deve-se dizer que o órgão jurisdicional pode remover coercitivamente os obstáculos, acaso opostos ao exercício de sua função, especialmente à execução de suas ordens.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, v. II. p.41.).

renitência em relação aos provimentos mandamentais além de frustrar a satisfação do credor corresponde à afronta a autoridade estatal. Destarte, sempre que se verificar esta hipótese, pode o juiz remover a armadura jurídica e imputar a multa ao responsável pela atuação da pessoa jurídica.

Sublinhe-se a relevância da questão, pois, antes, a renitência ao mandamento, a afronta à autoridade, recaia sobre um ente desprovido de vontade - de *animus*, agora incide sobre uma vontade humana e, mais relevante ainda, incide sobre o patrimônio de alguém que confiava na absoluta distinção jurídica e patrimonial entre pessoa física e jurídica.

A pessoa jurídica não é passível de coerção moral porquanto não pode ser intimidada no seu *animus*. Note-se que a multa representa meio de pressão psicológica e, até hoje, nada se tem comentado sobre a *psique* da empresa ou do Estado. Inclusive, ao fazer alusão à execução psicológica no processo, CHIOVENDA vai esclarecer que essa ocorre “quando a execução de uma declaração processual por parte do particular obrigado, se trata de obter por meios meramente morais”.¹³⁹

Em verdade a intimidação psicológica da pessoa jurídica só irá suceder caso uma vontade humana interna ao ente se sinta coagida, induzida a cumprir a ordem.

5.7. TEORIA DA *DISREGARD OF LEGAL ENTITY*

Pode-se questionar ou, até mesmo, julgar-se inadequado a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no trato da multa coercitiva e dos aspectos processuais inerentes aos deveres de fazer e não fazer. Todavia, conforme demonstrar-se-á, pode-se emprestar alguns fundamentos desta teoria para se dotar de efetividade os provimentos mandamentais e o meio de coerção a eles atrelados. Parece

¹³⁹ O termo também já fora utilizado no início do século XX por CHIOVENDA, como se percebe na seguinte explanação: “Ejecución psicológica en el proceso, tiénesse cuando la ejecución de una declaración procesal por parte del particular obligado, se trata de obtener por medios meramente morales”.(CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, v.1, p.279.). DINAMARCO, entre outros, utiliza diversas vezes o termo pressão psicológica fazendo menção a Calamandrei.(DINAMARCO, *A reforma...*, p.220).

evidente que os poderes constitucionais atribuídos ao juiz e a necessidade de criação de tutelas adequadas, por si só, permitem a aplicação da multa coercitiva da maneira como ora se pretende. Desnecessário, talvez, se julgue invocar a *disregard doctrine* neste âmbito, por outro lado o que se propõe é tão-somente emprestar a estrutura teórica de tal doutrina e utilizá-la, em um aspecto comparativo, no âmbito da multa coercitiva.

Antes de tudo, enfatize-se que a personalização é uma técnica jurídica utilizada para se atingir determinados objetivos práticos - a saber, autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais - não recobrando toda a esfera de subjetividade.¹⁴⁰

De fato, a pessoa jurídica é o recurso mais adequado para lograr a obtenção de fins supra-individuais, que só podem ser alcançados pela observância de uma radical separação entre sua personalidade e a dos membros que integram, entre o patrimônio do ente e o patrimônio dos sócios. Entrementes, a separação patrimonial, bem como a limitação de responsabilidades, não podem ser elevadas a dogmas, pois a personificação só se legitima enquanto servir aos propósitos para os quais foi concebida, surgindo, assim, a necessidade de desconsiderar-se tal personalidade sempre que for utilizada com intuitos diversos.

A função geral da pessoa jurídica consiste na criação de interesses autônomos em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não possam ser imputadas as condutas, os direitos e os deveres daquela.¹⁴¹ Destarte, torna-se possível a reunião de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades que, de outro modo, não poderiam ser alcançadas.

Por outro lado, todo o instituto jurídico corre os riscos de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades. Esse desvio de função consiste numa falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada.

¹⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 279.

¹⁴¹ COMPARATO, op. cit., p. 283.

No caso das pessoas jurídicas e, mais especificamente, das sociedades comerciais, a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito; a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e obrigações que dizem respeito aos sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar as normas e obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas e, por fim, a existência do ente personificado não pode servir de instrumento para burlar as ordens judiciais e a administração da justiça.

Um dos meios mais freqüentemente utilizados pelo ordenamento jurídico para reagir contra o desvio da função desse instituto é exatamente aplicação da *disregard doctrine*, através da qual se supera a forma da pessoa jurídica, desvalorizando-se a distinção entre ela e os seus componentes, no caso particular, ou seja, sem negar sua personificação de maneira geral.

Pode-se definir a teoria da *disregard of legal entity* nos seguinte termos:

Processo judicial por meio do qual o juízo irá desconsiderar a imunidade normal dos administradores da empresa ou de outras empresas pela responsabilidade por atividades ilícitas, injustas, da empresa; e.g. quando a personificação existe tão-somente com objetivo de perpetrar fraudes. A doutrina que considera que a estrutura da sociedade com responsabilidade limitada pode ser desconsiderada, com a imposição de responsabilidade pessoal aos sócios, administradores e diretores em caso de fraude ou outros atos injustos cometidos em nome da empresa. O juízo, entretanto, só pode desconsiderar a personificação para anular a fraude, o ilícito ou para remediar a injustiça¹⁴²

Por óbvio, o ordenamento jurídico não proporcionou a existência da pessoa jurídica através de personificação para que servisse de obstáculo aos provimentos

¹⁴² BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**, 6.^a ed. Centennial Edition. St. Paul: West Publishing, 1994. p.472. Frase no original: "*Judicial process whereby court will disregard usual immunity of corporate officers or entities from liability for wrongful corporate activities; e.g. when incorporation exists for sole purpose of perpetrating fraud. The doctrine which holds that the corporate structure with its attendant limited liability of shareholders may be disregarded and personal liability imposed on stockholders, officers and directors in case of fraud or other wrongful acts done in name of corporation. The court, however, may look beyond the corporate form only for the defeat of fraud or wrong or the remedying of injustice.*"

jurisdicionais, notadamente, quando se trata de ordem mandamental (que ordena cumprimento imediato).

Ressalte-se que, em relação a questão dos provimentos mandamentais cumulados à multa coercitiva, a existência da personificação acarreta, pelo menos, duas conseqüências, quais sejam:

- a) desloca para a figura de pessoa jurídica a responsabilidade pela afronta à autoridade do Estado. O desacato à ordem emanado do juízo é atribuído ao ente personificado e não para aquele que, de fato, optou por desobedecer ao provimento mandamental;
- b) ademais, a personificação, por conceber a distinção patrimonial entre pessoa jurídica e as pessoas que lhe deram origem e lhe comandam, faz com que a incidência da multa dê-se em um âmbito que não se confunde com o patrimônio particular do dirigente, administrador, ou demais responsáveis. Isso ocorre de tal sorte, que o gestor da pessoa jurídica sabe que a cominação de multa coercitiva, em regra, não estará, ao menos diretamente, inserida no seu patrimônio.

Diante do exposto, pode-se concluir que a proibição da imputação de multa diretamente àquele que comanda a pessoa jurídica subtrai, de forma clara, grande parte da efetividade da tutela mandamental.

A fim de complementar essa noção, é forçoso efetuar a seguinte ponderação: aquele que comanda a pessoa jurídica será quem fará o juízo valorativo (fenômeno psíquico) e decidirá sobre obedecer a ordem judicial ou não, por outro lado, as conseqüências do descumprimento da ordem - a saber, desacato ao juízo e pagamento da multa coercitiva - serão atribuídas à pessoa jurídica, vale dizer, o mandamento e suas conseqüências não serão atribuídos à mesma pessoa que efetuou a atividade psíquica, humana, de racionar e tomar determinada posição em face do decisão judicial.

Evidentemente, é isso que pretende coibir. A teoria da *disregard of legal entity* surge, como uma reação contra aqueles que se valem a *posteriori* da personificação para a obtenção de resultado reprovável.

Em alguns países, a *disregard doctrine* é denominada doutrina do *alter ego*, ou seja, correspondente ao segundo ego da pessoa. Por conta desta doutrina, o juízo pode desconsiderar a personalidade jurídica do ente e decidir conscientemente e intencionalmente pela responsabilidade individual para atos realizados em nome da pessoa jurídica. Perceba-se que, ao utilizar conceitos como *alter ego*, a doutrina e a jurisprudência deixam claro a existência de vontade humana existente por detrás da armadura jurídica da corporação. O que se propugna, com tal argumentação, é coagir a vontade humana prescindido do elemento formal criado pelo direito.

Vale insistir que a hipótese da ineficácia da multa em face da pessoa jurídica e as eventuais posturas discordantes de sua cominação para o responsável pela pessoa jurídica, infelizmente, servirão para dar sentido à ironia da seguinte frase: “Corporação - um engenhoso mecanismo para se obter lucro individualmente sem responsabilidade individual”.¹⁴³

Fixado esses pontos, conclui-se pela necessidade de romper com o formalismo que obstaculiza o processo civil, ou, em outros termos, rasgar o véu corporativo para atribuir a multa coercitiva e a responsabilidade pelo descumprimento, diretamente, ao responsável pelo comando da pessoa jurídica.

¹⁴³BIERCE, A. *Devil's dictionary* apud GOBERT, James. *Corporate criminality: four models of fault*, p. 393.
No original: “*Corporation - an ingenious device for obtaining individual profits without individual responsibility*”.

5.8. A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DO *CONTEMPT OF COURT*

5.8.1 Definições Introdutórias: *Contempt Power* como Poder de Coerção

A noção de *contempt of court* a ser utilizada corresponde “aos intencionais atos, omissões, ou declarações que tendam a enfraquecer, prejudicar, a autoridade do juízo ou impedir o seu funcionamento”.¹⁴⁴ A este poder que as Cortes têm de defender sua autoridade e impor o cumprimento de suas ordens e decisões, o direito anglo-americano e, notadamente, a doutrina norte-americana utilizada, denomina *contempt power*.¹⁴⁵

Semelhantemente às finalidades atribuídas à multa coercitiva, o *contempt power* tem dois propósitos, a saber:

“O primeiro propósito do *contempt power* é preservar a efetividade e manter o poder do juízo(...) Um objetivo secundário é proteger e fazer cumprir o direito das partes compelindo a obediência das ordens e decisões do juízo.”¹⁴⁶

Conforme discutido anteriormente (ver capítulo 2), existem classificações do *contempt of court*, uma delas distingue desacato criminal (*criminal contempt*) e civil (*civil contempt*). A relevância desta distinção se dá no plano das sanções aplicadas a cada espécie, como se demonstra abaixo:

Para proteger os propósitos antes elencados, o juízo impõe três tipos gerais de sanções. No *criminal contempt*, o juízo impõe sanções punitivas para reivindicar sua autoridade. Nos casos de *civil contempt*, o juízo impõe sanções coercitivas para fazer cumprir (executar) suas decisões, forçar à aquiescência de suas ordens. Ademais, em casos de demonstração de dano evidente, o juízo poderá ordenar *compensatory relief* para a parte.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book - Revised Edition**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000., p.1.

¹⁴⁵ Na tradução de Molina PASQUEL, para *contempt power* se utilizou o termo “*facultad judicial de castigar el contempt (power of contempt)*”. (PASQUEL, **Contempt of court...**, passsim)

¹⁴⁶ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book - Revised Edition**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000. p.1.

Confira a explicação: “*In general. the sanctions for civil contempt are coercive and remedial in nature. They are intended to compel compliance with court's directives by imposing a conditional sanction until the contemnor complies or no longer has a duty or the ability to comply.*”(Ibid, p. 12).

¹⁴⁷ Id.

É imprescindível perceber a importância do *contempt power* haja vista tratar-se de um poder constitucional atribuído ao Judiciário no sistema da *common law*.

A principal teoria que explica o *contempt power* é denominada de *inherent authority* ou *inherent power* (autoridade inerente ou poder inerente); tal doutrina, conforme a lição de Molina PASQUEL em seu estudo sobre o *contempt of court*, pode ser traduzida do seguinte modo:

Assim tem sido entendido desde os primeiros tempos até hoje; é um elemento essencial a um tribunal que possua poder para fazer cumprir suas determinações. É, pois, uma faculdade fundamentalmente constitucional, baseada nos amplos fundamentos da política pública. Trata-se de uma faculdade que deve ser usada amplamente mas a juízo do tribunal, é parte integrante da independência do Poder Judiciário e absolutamente essencial para a execução dos deveres que lhe impõe a lei; sem ela os tribunais seriam simplesmente juntas de arbitragem e suas sentenças e provimentos meros conselhos.

Se qualquer das partes pode apreciar conforme a sua própria vontade a validade das ordens judiciais, e por seus próprios atos de desobediência deixar de acatá-las, então os tribunais seriam impotentes e os poderes judiciais criados pela Constituição dos Estados Unidos e de seus diversos Estados, seriam simplesmente uma fraude.

O poder de castigar o desacato [*contempt power*] é a proteção necessária para o tribunal enquanto se encontra no exercício de seus deveres, para a devida administração da justiça e para a proteção dos litigantes. Certos poderes implícitos necessariamente resultam da própria natureza da instituição, como impor forçosamente a observância de suas ordens; são faculdades que não podem negar-se a um tribunal porque são necessárias para o exercício natural de suas funções. Por sua própria criação, os tribunais estão investidos com poder de impor silêncio, respeito e decoro em sua presença como também poder de impor submissão aos seus mandamentos e provimentos e, como um corolário desta proposição, para preservar os tribunais e seus funcionários, do contato com insultos e desonra.¹⁴⁸

Os tribunais americanos entendem que “a autoridade do juízo de punir *por contempt of court* é inerente ao poder judicial investido pela Constituição de 1963, art. VI, §1”¹⁴⁹. A esse respeito, a Suprema Corte de Michigan declarou no caso *In re Huff*, 352 Mich 402 (1958):

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

Compensatory relief corresponde a indenização por perdas causadas pela conduta ou omissão do réu, enquadra-se nos *remedies* do sistema de *equity*, mais precisamente é uma *compensatory sanction*.

¹⁴⁸ PASQUEL, *Contempt of court*..., p. 81-82.

¹⁴⁹ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. *Contempt of court*..., p. 2.

Confira: “*The authority of a court to punish for contempt is inherent in the judicial power vested in courts...*”. Faz-se referência a Constituição Estadual.

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 poder¹⁵⁰

No mesmo sentido Molina PASQUEL vai esclarecer que os “tribunais norte-americanos criaram para eles mesmos um corpo de autoridade legal, na qual fundam seu direito inerente, na ausência de uma limitação imposta pelo mesmo poder criado, como no caso do *contempt power*, doutrina que foi ratificada com todo rigor pelos tribunais.”¹⁵¹ Note-se que o *contempt power* vai compreender dois aspectos delineadores: 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.

5.8.2 *Corporations in Contempt*: Aplicação de Medidas Coercitivas em Face dos Dirigentes da Pessoa Jurídica

Qualquer tentativa de entendimento da figura do *contempt of court* e do poder de coerção dos tribunais da *common law* não pode prescindir de um estudo da complexa evolução histórica do direito anglo-saxão. Tal tema foi sumariamente exposto no capítulo 3, todavia restam alguns esclarecimentos.

A origem do *contempt* se atribui a tramitação perante o chanceler, ou seja, ante os tribunais de equidade, presididos em sua origem e durante vários séculos por autoridade de confiança do rei ou por um alto clérigo, tribunais cuja arma principal era a multa coercitiva ou o encarceramento pela desobediência a suas determinações, como a *injunction* e *order of specific performance*.

¹⁵⁰ MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. *Contempt of court*..., p. 2.

¹⁵¹ PASQUEL, *Contempt of court*..., p. 83. Observe-se: "... 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, Maio, 2001. p. 8).

Fixado a definição sobre o instituto, cabe agora questionar se a figura do *contempt* permite que ordem judicial e as sanções coercitivas sejam cominadas diretamente ao dirigente da pessoa jurídica. Em outras palavras, utilizando-se um critério mais geral, poder-se-ia indagar quais são as pessoas responsáveis por *contempt of court*.

A primeira - e fundamental - observação é que, em geral, o poder que as Cortes tem de defender sua autoridade e de fazer cumprir suas decisões se estende a todas as pessoas que obstruam e que interfiram no devido exercício atividade jurisdicional, incluindo empregados do tribunal, partes litigantes e terceiros estranhos ao processo.¹⁵²

Além de o amplo poder concedido aos tribunais e da idéia de que todos podem estar em *contempt of court*, Roberto Molina PASQUEL assevera que “a moderna regra geral é que uma sociedade pode estar em *contempt* da mesma forma que um indivíduo, e de maneira semelhante pode ser culpável por ato ilícito (*tort*) ou delito, ser multada e sua propriedade seqüestrada. Em princípio, pois, uma sociedade e uma corporação municipal podem ser castigadas pelas ofensas que consistam em desobedecer a citações, autos, decisões e sentenças de um tribunal, em casos dentro de sua jurisdição;...”¹⁵³

Note-se que é comum, casos em que pessoas jurídicas estejam envolvidas em *contempt of court*, basta ocorrer desobediência às decisões do juízo ou prática de ato que configure desacato à autoridade da Corte.

Essa hipótese generalista somada ao poder do juiz no sistema anglo-americano leva a conclusão de que a imputação de meios coercitivos aos dirigentes, administradores e sócios da pessoa jurídica, configura algo não só plausível, como necessário. Ora, se assim não agisse o juiz, estaria, em primeiro lugar, permitindo o desacato à autoridade do tribunal e o menosprezo pela jurisdição, paralelamente, não

¹⁵² PASQUEL, *Contempt of court...*, p. 130.

¹⁵³ PASQUEL, *Contempt of court...*, p. 131.

estaria impelindo as partes de cumprir suas ordens, o que representa frustração dos direitos submetidos à apreciação do Judiciário.

Resta questionar como funciona a responsabilização nessas hipóteses, vale dizer, como se instrumentaliza a cominação de meios coercitivos em face dos dirigentes da pessoa jurídica?

Veja as afirmações de Molina PASQUEL acerca da questão:

Quando se ordena a uma sociedade que se abstenha de fazer algo em particular, e todos ou cada um de seus membros se reúnem para executar o ato proibido, podem ser eles culpáveis de desacato [*contempt*], regra que se aplica também as corporações municipais. Tem-se sustentado que uma sociedade pode ser responsável por *criminal contempt*, desacato criminal, apesar de que o delito envolva especificamente a intenção ou vontade como elemento necessário. As sociedades são responsáveis pelas publicações caluniosas que mandem fazer ou por artigos que ordenem publicar em um periódico. Pelas publicações ofensivas neste periódico, são responsáveis seus editores.

Os representantes legais de uma sociedade responsável pelo desacato podem ser embargados e sancionados, regra esta que se tem aplicado aos representantes das corporações municipais. Geralmente se inclui aos representantes e agentes de uma sociedade a ordem de não fazer dirigida contra a sociedade; é usual dirigir a ordem de abstenção tanto contra a sociedade como contra seus funcionários e empregados, e se entende que em caso de violação, não só é responsável a sociedade, como também seus diretores, funcionários, empregados e qualquer outra pessoa que tendo conhecimento dos termos da ordem judicial, haja desobedecido-a voluntariamente. Quando o gerente de uma sociedade é plenamente responsável por ela, só será responsabilizado de *contempt* no tocante as suas próprias ordens. Quando o presidente de uma banco ou de uma sociedade viola os provimentos do tribunal dirigido aos gerentes e diretores da negociação, sem conhecimento ou a subsequente aprovação dos outros administradores, o presidente é o único responsável; todavia a desobediência de um mandamento pelo presidente de uma sociedade que não pode cumpri-lo por si só, senão com a maioria do conselho de administração, não o faz responsável de *contempt* quando todo conselho teve conhecimento.¹⁵⁴

Diante das observações do professor mexicano, infere-se que ordens dirigidas a pessoa jurídica são, de fato, ordens dirigidas aos seus controladores. Havendo conhecimento da ordem e a voluntária opção pela renitência,¹⁵⁵ a responsabilização do dirigente é certa.¹⁵⁶

¹⁵⁴ PASQUEL, *Contempt of court...*, p. 131-132.

¹⁵⁵ A desobediência pode referir-se ao *process* (citação), *rule* (decisão), *order* (ordem ou auto, geralmente interlocutório), *mandate* (mandamento), *judgement* (sentença), *injunction* (injunção) e *decree* (resolução, tem caráter definitivo).

¹⁵⁶ O dirigente será notificado para justificar o motivo da renitência (incidente chamado *rule to show cause*) nos seguintes termos: "...you are hereby cited and admonished to appear before the District Court of the United States and show cause, if any you have, why you should not be attached

Ademais, explicita o autor *supra* mencionado que sempre haverá pessoas com poder de comando, a saber, presidentes, diretores, administradores ou um *consejo de administración* e sobre estas pessoas incidirá a multa coercitiva utilizada com sanção de *contempt*. Vale sublinhar que o autor faz menção às corporações municipais (*public corporations*), demonstrando assim que o *contempt* pode ser aplicado em face do administrador público, no âmbito das pessoas jurídicas de direito público.

Fulcrado em dadas ponderações, conclui-se que as regras e definições gerais do *contempt of court* são suficientes para autorizar que o juiz, ou tribunal, comine multa diretamente ao dirigente da pessoa jurídica, todavia para ressaltar a plausibilidade da exposição convém apresentar algumas regras específicas do direito estrangeiro.

Atente-se para as regras de procedimento civil da *Supreme Court of British Columbia* (*Supreme Court Civil Rules, rule 56, contempt of court*):

Poder da Corte de punir

(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.¹⁵⁷

Além dessa disposição normativa, é necessário destacar as regras de procedimento civil de Ontário, também adotadas pela *Supreme Court of Prince Edward Island*. No capítulo referente às *enforcement orders* há regra expressa (60.11)

for contempt of Court in falling to obey the order of injunction heretofore allowed and issued by the said Court and served upon you..."

¹⁵⁷ Regra de procedimento civil do Estado de *British Columbia*:

"Rule 56 – Contempt of Court

Power of court to punish

(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" [grifo nosso]

disciplinando as hipóteses de pessoa jurídicas em *contempt* (*where corporation is in contempt*), consignando que o juiz pode contra qualquer administrador ou diretor da pessoa jurídica lançar mão da aplicação de multa, da prisão por desobediência, exigir o cumprimento de ordem de fazer e de abstenção ou de qualquer ordem que considere necessária e, além disso, pode conceder ordem de seqüestro em face de bens dos próprios dirigentes.¹⁵⁸

Quando as normas canadenses utilizam o termo *corporation* referem-se tanto às pessoas jurídicas de direito público quanto às de direito privado, eis que no direito anglo-americano existem *publics* e *privantes corporations*.¹⁵⁹ Por conseguinte, as normas antes apresentadas abrangem pessoas jurídicas (*corporations*) em sentido amplo. A importância disso se revela na autorização de que a imposição de multa se dê tanto em face de um diretor numa sociedade comercial quanto de um governador e demais autoridades administrativas. No sistema anglo-saxão, o poder do Judiciário de exigir o cumprimento de suas ordens se dá, inclusive, em relação aos outros poderes do Estado. Ademais, o magistrado não se cinge a ordenar sob pena do *contempt* em face da pessoa jurídica de direito público; pode, ultrapassando isso, declarar a autoridade renitente em desacato e coagi-la pessoalmente. As permissões legais do direito estrangeiro devem servir de norte na busca de soluções para o direito pátrio.

¹⁵⁸ Observe a disposição das Regras de Processo Civil de Ontário:

*“Rules of Civil Procedure R.R.O. 1990, Reg. 194
Revised Regulations of Ontario, 1990, REGULATION 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.” [grifo nosso]

¹⁵⁹ BLACK, *Black's Law Dictionary*, p. 409-410.

Reforçando tal idéia duas normas de procedimento civil canadenses, em idênticos termos, dispõe sobre pessoa jurídicas de direito privado em *contempt of court*. Observe as normas de processo civil do Estado da Nova Scotia (*Civil Procedure Rules of Nova Scotia, rule 55.06*), como também as regras da Suprema Corte do Estado de Newfoundland e Labrador (*Rules of Supreme Court of Newfoundland and Labrador, 1986, rule 53.02*), ambas tratando das *contempt orders*:

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.¹⁶⁰ [grifo nosso]

A norma ora exposta aplica-se às pessoas jurídicas de direito privado, diferentemente das outras antes mencionadas. A letra da lei canadense utiliza o termo *body corporate* e sua correta tradução na língua portuguesa corresponde aos entes privados, não se podendo aplicar referida normas às *public corporations*.¹⁶¹

Note-se que as próprias previsões do ordenamento canadense já estipulam modos de fazer cumprir (*enforcement of orders*) a ordem desobedecida, autorizando explicitamente a imposição de multas aos dirigentes, diretores e funcionários da pessoa jurídica (*any officer, director, employee or agent*). Nessa ordem de idéias, impõe-se citar algumas decisões das Cortes norte-americanas que, por atribuírem as sanções de *contempt of court* diretamente aos dirigentes, servem de fundamento para imposição de

¹⁶⁰ Ambas as disposições (*Civil Procedure Rules of Nova Scotia* e *Rules of Supreme Court of Newfoundland and Labrador*) se manifestam nos seguintes termos:

"Contempt by a body corporate

55.06. *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.* [grifo]

¹⁶¹ "This term, or its equivalent 'body corporate', is applied to private corporations aggregate; not including municipal corporations" (BLACK, op. cit., p. 408).

multa coercitiva do art. 461 àqueles investidos no poder de comando da pessoa jurídica.

Em *United States v. Johnson* (5th Cir. 1976), por exemplo, a Corte declarou Johnson, o administrador executivo chefe, em *contempt of court* por permitir que um funcionário da empresa violasse repetidamente uma *injunction* que proibia Johnson e a corporação de envolver-se em certas práticas de mercado ilícitas.

No caso *In re Dolcin Corp.*, 247 F.2d 524, 534 (D.C. Cir. 1957), o tesoureiro e o secretário da empresa foram considerados em *contempt of court* por omissão em face de uma ordem que impunha a eles, individualmente e como administradores da empresa, o dever de tomar todas as razoáveis medidas para dar efeito às ordens da Corte.

É sedimentado que um administrador ou agente de uma pessoa jurídica pode estar em *contempt of court* caso esse dirigente seja responsável pelos atos ou omissões da pessoa jurídica que constitui *contempt*. Tal definição da Cortes americanas se deu por conta dos seguintes julgados: *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).

O direito processual pátrio deve, sem sombra de dúvida, seguir tal orientação vez que prescindir de tal posicionamento significa esvaziar os provimentos mandamentais - e, conseqüentemente, frustrar as situações por eles tuteladas - de utilidade e efetividade.

5.8.3 A Lógica da Prisão por *Contempt of Court* Utilizada na Aplicação de Multa Coercitiva

Outro aspecto que, em caráter instrumental e comparativo, deve ser levado em consideração refere-se à ordem de prisão permitida no *contempt of court*. A pessoa jurídica renitente dá razão ao juízo de lançar mão da ordem de prisão e, por óbvio, tal ordem será dirigida a uma pessoa física responsável pelo ente, vale dizer aos dirigentes, diretores, administradores, dentre outros.

Atente-se, também, que a ordem de prisão ocorrerá mesmo no *civil contempt*, correspondente a um meio coercitivo para fazer cumprir determinada decisão. Em outras palavras, mesmo no *civil contempt* o juízo poderá estipular “uma coercitiva e condicional sentença de prisão para compelir o renitente a cumprir com a ordem da Corte”.¹⁶²

Em face do até agora exposto, poder-se-ia fazer a seguinte indagação: tendo como premissa que no *contempt of court* (seja civil ou criminal) caberão sempre dois tipos de medidas coercitivas - multa intimidatória (*fines*) ou prisão (*jail sentence* ou *order of committal*) -, hipoteticamente se, em determinado caso, o juiz considerasse mais adequada a pena de prisão ou, ainda, se no *contempt* apenas houvesse previsão de coerção mediante prisão civil, como funcionaria a medida em face da pessoa jurídica?

Por óbvio, se somente houvesse a coerção mediante prisão tal sanção recairia sobre o responsável pela pessoa jurídica, que tem poder de comando, eis que impossível encarcerar o ente personificado.

Infere-se, portanto, que a Corte para fazer cumprir uma ordem dirigida a pessoa jurídica, lança mão da coerção pessoal. Essa é a lógica da prisão por *contempt* em face da pessoa jurídica: para o desacato praticado pelo ente personificado se utiliza coerção pessoal do dirigente. Se assim é o funcionamento na coerção mediante prisão, de maneira idêntica haverá de ser para a multa coercitiva. Por analogia, a multa,

¹⁶² MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. *Contempt of court...*, p. 34. Original nos seguintes termos: “a coercive and conditional jail sentence to compel the contemnor to comply with order of the court”.

enquanto meio coercitivo, poderá ser cominada diretamente para o dirigente da empresa. Trata-se de alternativa dotada de inteira plausibilidade.

Ao tratar da prisão por crime de desobediência, TALAMINI afirma que a ordem do juiz contra empresa jurídica de direito privado acarretará a responsabilização da pessoa natural “investida dos poderes jurídicos para dar cumprimento ao comando, e a quem esse haverá de ter sido previamente dirigido.”¹⁶³

Se quem responde penalmente é o dirigente (pessoa física), por que não se lançar mão dessa metodologia no âmbito civil, notadamente na cominação da multa coercitiva?

Mostra-se evidente que a responsabilização penal pelo crime de desobediência (no caso, renitência em face das ordens provimentos mandamental dirigidos à pessoa jurídica) será imputada à pessoa física que incorpora os poderes de comando.

Nessa ordem de idéias, percebe-se que, ao se pensar em termos de responsabilização criminal, notadamente na prisão, não permanece dúvida sobre a necessidade de responsabilização pessoal, todavia pode-se encontrar resistência na aceitação da multa coercitiva dirigida a pessoa natural investida nos poderes de direção da pessoa jurídica.

Contudo, vale enfatizar o posicionamento de que a utilização de multa coercitiva em face da pessoa jurídica pode, em determinados casos, exigir a coerção pessoal do dirigente.

Cabe asseverar que, como regra geral, a cominação dar-se-á, em um primeiro momento, para a pessoa jurídica, e, posteriormente, por conta do não cumprimento haverá a imputação de ordem atrelada à multa para o dirigente responsável. Esta última hipótese deverá ser colocada em funcionamento, caso verificado a inefetividade da regra geral (ver item 5.3).

¹⁶³ TALAMINI, op. cit, p. 320.

5.9 AS MEDIDAS NECESSÁRIAS DO § 5.º, ART. 461, CPC: HIPÓTESE GENÉRICA DE PERMISSÃO

A disposição do § 5.º, art. 461 dá poder ao juiz, mesmo sem requerimento da parte, de lançar mão de medidas necessárias para efetivação da tutela específica. O dispositivo em comento elenca um rol de medidas meramente exemplificativo, entre elas aborda, novamente, a utilização da multa coercitiva. Veja-se que, adstrito ao dever de tutelar os deveres de fazer e não fazer, o juiz pode utilizar medidas necessárias, vale dizer, medidas indispensáveis, forçosas para adequada atuação executiva de dados direitos.

Ora, o juiz dotado de poderes *ex officio* na condução do processo poderá - verificando a inefetividade da multa coercitiva dirigida a pessoa jurídica e levando em conta a vasta possibilidade de medidas necessárias - considerar “necessário” a cominação de multa para a pessoa natural que tem poder de comando em relação ao ente personificado.

Ademais, o art. 461 do CPC não faz qualquer ressalva acerca da utilização de multa, donde depreende-se não haver restrição a utilização nos moldes em que ora se propõe.

5.10 DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL: A NOVA DISPOSIÇÃO DO ART. 14 DO CPC

Com o advento da Lei 10.358/2001, o art.14 do CPC passou a ter a seguinte redação:

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

(...)

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

Em verdade, a inclusão do mencionado inciso além de reconhecer a existência de provimentos de natureza mandamental, deixou nítido que a inobservância de tais provimentos é algo reprovável dentro do sistema processual brasileiro. Ademais, o parágrafo único do art. 14 é taxativo ao consignar que “a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição”.

Depreende-se que o não cumprimento com rigor dos provimentos mandamentais constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição. A reprovação de condutas que obstaculizem a atuação do poder jurisdicional, notadamente quanto aos provimentos mandamentais, passa a ser algo consolidado no ordenamento jurídico.

Assevera-se que, no tocante à sentença condenatória, inexistente insubordinação à autoridade jurisdicional, eis que após o trânsito em julgado o devedor está apenas civilmente obrigado. A despeito de já existir a determinação dos direitos e deveres do autor e do réu (agora, denominados credor e devedor), o devedor que não cumpre a sentença não comete desobediência ou afronta à autoridade estatal. A sentença, simplesmente, abrirá possibilidade para execução em processo subsequente. Tais afirmações, como já visto, não se aplicam aos provimentos mandamentais haja vista que a renitência em face destas ordens implicará na insubordinação à autoridade judicial.

Diante dessa idéia, propugna-se ressaltar o poder do juiz de afastar tal insubordinação. Cumpre fazer, nessa oportunidade, o seguinte raciocínio. Com o descumprimento do provimento mandamental, configura-se ato atentatório ao exercício da jurisdição e - não bastando as penalidades atinentes a litigância de má-fé - deve o magistrado, apoiado em novas medidas executivas, buscar a satisfação do credor. Vale dizer, se o juiz impõe multa para a pessoa jurídica e esta resta inerte, por conta da insubordinação à ordem, inafastável que o juiz adote outras medidas de efetivação dos direitos. É nesse âmbito que se insere a aplicação de multa para aqueles investidos nos poderes jurídicos de cumprir o comando judicial dentro da pessoa jurídica.

Saliente-se que, anteriormente, ao se abordar a figura do *contempt of court* se comentou que uma das hipóteses de sua aplicação era justamente a desobediência de

ordens judiciais. Não se limitando a isso há previsão expressa no *Revise Judicature Act*, § 1701, considerando o abuso de processo como situação passível de coerção por *contempt*. O estatuto norte-americano censura qualquer dolo, fraude ou abuso do processo ou de procedimentos da Corte.¹⁶⁴ É verificado em muitas decisões que as Cortes têm punido o réu por violar *injunctions* com subterfúgios ou má-fé.¹⁶⁵

Em estudo sobre o abuso de direito processual na América Latina, Eduardo OTEIZA faz algumas ponderações que sedimentam o posicionamento antes exposto:

Con la finalidad de prevenir conductas obstruccionistas el instituto de las "astreintes", de origen francés que desde antiguo era utilizado por los parlamentos para hacer cumplir sus decisiones y luego fue empleado por los jueces, permite aplicar sanciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieren deberes impuestos por una resolución judicial, es admitido en la Argentina tanto por el Código Civil como por el Código Procesal Civil federal. Comparable con el instituto anglosajón del "contempt of court", la "astreinte" procura vencer la actitud renuente de quien mantiene una resistencia voluntaria y culpable a cumplir su obligación.¹⁶⁶

Verificando a insubordinação, o juiz, no sistema anglo-americano, vale-se de medidas coercitivas e punitivas¹⁶⁷ extremamente maleáveis em face do caso concreto. Para uma ação (ou omissão) de insubordinação do devedor deve corresponder uma reação, ainda mais contundente, do Poder Judiciário com vistas a assegurar sua autoridade constitucional e o direito do credor.

Deveras plausível que esta reação corresponda à imputação de multa diretamente ao dirigente da pessoa jurídica.

¹⁶⁴ "The supreme court, circuit courts, and all other courts of record, have power to punish by fine or imprisonment, or both, persons guilty of any neglect or violation of duty or misconduct in all of the following cases:

(...)

(d) Parties to actions for putting in fictitious bail or sureties or for any deceit or abuse of the process or proceedings of the court"

¹⁶⁵ "Courts have punished contemnors for violation of injunctive orders by subterfuge or in bad faith". (MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. *Contempt of court...*, op. cit., p. 52.) *Veja Gover v Malloka*, 242 Mich 34, 36 (1928), *Craig Kelly*, 311 Mich 167, 178 (1945).

¹⁶⁶ OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en América Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro, 2000. p. 7-31.

¹⁶⁷ Medidas coercitivas no caso *civil contempt* e punitivas nas hipóteses de *criminal contempt*.

5.11 A QUESTÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

A fundamentação até agora efetuada tomou por base a pessoa jurídica em sentido geral eis que os princípios autorizadores da aplicação da multa aos dirigentes e funcionários são aplicáveis, de fato, tanto em relação ao ente personificado concebido no regime de direito privado quanto no regime de direito público.

Sem embargo, vale tecer algumas considerações específicas com o desiderato de suprimir eventual questionamento acerca da utilização do instrumento coercitivo em face dos administradores públicos e agentes administrativos.

A premissa fundamental, e já devidamente debatida, corresponde ao caráter intimidatório da multa. Só se intimida e coage psicologicamente uma vontade humana, de tal sorte que as medidas coercitivas tendem a ser eficazes apenas quando puderem, dada a estrutura peculiar de cada pessoa jurídica, atingir o elemento volitivo humano. Em verdade, a eficaz coerção da pessoa jurídica é a coerção que se faz sobre a pessoa natural investida nos poderes jurídicos para dar efeito às ordens judiciais.

O primeiro aspecto a ser relevado concerne à difícil possibilidade da multa coercitiva dirigida a pessoa jurídica de direito público vir a exercer coerção sobre a vontade do funcionário incumbido de cumprir o mandamento judicial.

A própria estrutura colossal do Estado e de seus órgãos impedem que a multa dirigida ao ente personificado venha a atingir psicologicamente certo agente administrativo que, inserido nas entranhas da máquina estatal, tenha dentro de seu campo de atribuições a possibilidade de dar efeito ao provimento judicial.¹⁶⁸

Ademais, como segundo aspecto, a incidência de multa sobre a pessoa jurídica fere de imediato apenas o patrimônio público. Conforme leciona Marcelo Lima GUERRA, o prejuízo ocasionado pela renitência do agente público deve ser devidamente restituído e, portanto cabe ao Poder Público, por meio de ação regressiva

¹⁶⁸ Conforme adverte MEIRELLES ao analisar as partes no mandado de segurança: "Incábil é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a *ilegalidade impugnada*. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário..." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. Atualiz. por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.).

contra o agente que deu causa a incidência de multa, obter o ressarcimento.¹⁶⁹ Contudo, destaca o autor 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 de tal agente, torna-se tão remota a possibilidade dessa ação regressiva, que a ameaça de multa é reduzida drasticamente."¹⁷⁰

Vislumbre-se a hipótese em que à dada prefeitura seja dirigido provimento mandamental atrelado a multa diária. O prefeito, chefe do Executivo, opta por não cumprir a ordem de fazer dando causa a incidência de multa. Por conta da desobediência as contas municipais são exacerbadamente oneradas, sem cogitar a possibilidade de incidência de sanções por desobediência e litigância de má-fé (ver item 5.10). Por óbvio, o chefe do Executivo não preocupar-se-á em propor ação regressiva contra si mesmo. Muito pelo contrário, lançará mão de todos os expedientes imagináveis para afastar qualquer medida que postule o ressarcimento do prejuízo. Ademais, é bem viável - notadamente quando se pensa na realidade brasileira - que as conseqüências da renitência e da irresponsabilidade de determinadas autoridades públicas só venham a emergir em administrações subseqüentes.

O remédio para tal deficiência está na cominação da multa ao administrador ou funcionário público responsável pelo cumprimento do comando judicial, separadamente e em nome pessoal.

Com a violação do comando surge para o transgressor um dever pessoalmente determinado e, portanto, contra a desobediência da ordem devem reagir todos os meios possíveis para a satisfação do resultado que o obrigado sonegou do credor.

A despeito de o exemplo exposto tratar de uma função que desponta na hierarquia institucional da pessoa jurídica, encampa-se a tese de que a todo agente administrativo, independente de exercer direção ou não, possa vir ser cominado multa coercitiva. Porém, antes de qualquer coisa, cumpre verificar se o agente é dotado de

¹⁶⁹ GUERRA, *Direitos fundamentais e a proteção do credor...*, p. 197.

¹⁷⁰ GUERRA, *Direitos fundamentais e a proteção do credor...*, p. 197.

poderes, dentro da estrutura da pessoa jurídica de direito público, para dar efeito ao mandamento judicial.

Em atenção ao método de aplicação da multa dirigida à autoridade responsável, vale relembrar que a opção por essa via energética somente poderá ser alvitrada no deslinde, e de acordo com as vicissitudes, do caso concreto.

Ao se levar em consideração a aplicação de multa para a pessoa física dirigente é necessário cuidar para que o sujeito que detém a função de cumprir o comando judicial seja aquele que sofra o prejuízo decorrente da incidência de multa. No âmbito das pessoas jurídicas de direito público a necessidade fica mais evidente, pois o agente público não arcará com a sanção - somente se vier a ser cobrado em ação regressiva. A repercussão da sanção se dá na esfera patrimonial pública. Infere-se, portanto, que a cominação de multa ao ente público mostra-se desprovida do potencial intimidatório e atemorizante que há no âmbito privado. Viu-se que a capacidade indutiva-coercitiva está concentrada na possibilidade da diminuição patrimonial que a multa enseja, todavia quando a incidência de sanção ameaça o patrimônio alheio - ou melhor, o patrimônio coletivo - a intimidação é rarefeita, senão inexistente. Segundo a afirmação de Orlando GOMES ao analisar as *astreintes*, não haveria fortuna que pudesse resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada.¹⁷¹ Entretanto para se extrair a interpretação correta da afirmação deve-se levar em conta de quem é a fortuna e quem sofre a pressão. Ora, se o agente ou administrador público recebe ordem com a sanção pecuniária incidindo sobre patrimônio alheio (do Estado), pode-se duvidar da existência de pressão. Há a necessidade de coincidência entre aquele para quem a ordem é dirigida e aquele que tem o patrimônio ameaçado.

Afirmou-se que a existência da pessoa jurídica ocasionaria duas conseqüências em relação ao descumprimento dos provimentos mandamentais (ver item 5.7). Primeiramente, desloca para a figura da pessoa jurídica a responsabilidade pela afronta à autoridade do Estado. O desacato à ordem emanada do juízo é atribuído ao ente personificado e não para aquele que, de fato, optou por desobedecer ao provimento

¹⁷¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson, op. cit., p. 368.

mandamental. Ademais, a personificação por conceber a distinção patrimonial entre pessoa jurídica e as pessoas que lhe deram origem e lhe comandam, faz com que a incidência da multa se dê em um âmbito que não se confunde com o patrimônio particular do administrador público, agente administrativo, ou demais responsáveis. Isso ocorre de tal sorte, que o responsável pela pessoa jurídica sabe que a cominação de multa coercitiva, em regra, não estará, ao menos diretamente, inserida no seu patrimônio.

Essas constatações são, de fato, observáveis quando a multa se dá em face da pessoa jurídica de direito público. O agente público está seguro que a sanção pecuniária pela desobediência não estará recaindo sobre seu patrimônio particular.

É fundamental perceber essa deficiência e valer-se de meios que a suprimam. Como alternativa, a reversão do encargo para o agente público parece ter o condão de conceder efetividade as decisões judiciais. A segurança que havia pela incidência da multa em patrimônio alheio (público) passa inexistir e, por conta disso, revigora-se o caráter intimidatório-coercitivo da medida.

Saliente-se que ao se indagar acerca da utilização da multa coercitiva em mandado de segurança surge novamente o questionamento sobre a quem deve ser imputada a multa. Cominar-se-á a sanção pecuniária ao agente público tido como autoridade coatora ou a pessoa jurídica?

Tomando em conta a perspectiva comungada por Ovídio Batiptista da SILVA e Hely Lopes MEIRELLES, segundo a qual "o *impetrado é a autoridade coatora*, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão de ofício",¹⁷² perfaz-se evidente que a multa pode ser imputada em nome pessoal e separadamente para a autoridade coatora vez que esta é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado. Observe-se, também, que a postura ora alvitrada permite que haja uma relação de conformidade entre a pessoa que arcará com o encargo da multa e a que dispõe de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. Ora, se -

conforme preceitua Hely Lopes MEIRELLES - a impetração deve ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário,¹⁷³ há que se fazer incidir a multa coercitiva sobre o patrimônio dessa mesma autoridade, separadamente e em nome pessoal.

Em sentido contrário, tem-se o entendimento de TALAMINI (a despeito de, igualmente, basear-se na análise da legitimidade passiva em mandado de segurança). Segundo o autor, reconhecendo-se que o pólo passivo da demanda é ocupado pela pessoa de direito público ou de direito privado no exercício de função pública, e sendo o agente público mero representante, deve-se concluir que a multa deve ser cominada ao ente personificado.¹⁷⁴ Perceba-se que tal posicionamento refuta a cominação de multa ao agente público.

A opção por tal corrente doutrinária passa apresentar maiores problemas quando há obstinada resistência em cumprir as ordens judiciais. Veja-se que o próprio Estado vem a opor óbices à efetividade da tutela que ele mesmo se comprometeu a conceder a quem demanda por proteção jurisdicional. A dissonância se revela pois o mesmo Estado que funda uma ordem jurídica legítima se opõe a ela.

Além disso, a harmonia dos Poderes do Estado reside na observância das regras de competência fixadas na Constituição e no recíproco dever de respeito às atividades próprias de cada Poder. No momento em que um deles, notadamente o Executivo, afasta-se do respeito e submissão às legítimas decisões de agentes de outro Poder, abre-se campo para o arbítrio. A efetividade de uma democracia tem por fundamento a observância pelo próprio Estado das decisões de seus magistrados. Incabível pensar em um Estado que se volta contra as decisões de seus próprios juízes.

Enfatize-se a observação de CANOTILHO quando preceitua que "a existência de protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças («fazer cumprir as sentenças») dos tribunais através dos tribunais (...), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar

¹⁷²MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. Atualiz. por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

¹⁷³MEIRELLES, op. cit., p. 60.

¹⁷⁴TALAMINI, op. cit., p. 453.

cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado".¹⁷⁵

Se mesmo assim, constatar-se um quadro patológico no qual a pessoa jurídica de direito público se oponha as decisões judiciais imprescindível que se assegure o respeito ao ordenamento e aos administrados.

Prevalecendo a renitência da pessoa jurídica de direito público o julgador deve tomar medidas mais contundentes. Passa, então, a ser justificada a imputação de multa diretamente ao agente público.

Reitera-se o método de utilização supletiva da multa em face da pessoa física (ou da autoridade coatora). Como regra geral, em um primeiro momento a ordem acoplada de multa deve ser dirigida à pessoa jurídica, entretanto permanecendo a obstinada desobediência, como meio de forçar o adimplemento, poderá o juiz reverter a multa ao responsável por dar efeito ao comando judicial (ver item 5.3).

¹⁷⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 494.

6. CONCLUSÃO

Acesso à justiça é, em verdade, acesso à ordem jurídica justa. Toda decisão judicial só tem utilidade se pensada na perspectiva de conceder resultado prático a ser produzido na vida das pessoas, nas efetivas relações com outras e com os bens da vida.

O estudioso do processo civil não pode limitar-se a ver o processo pelo ângulo interno, fundado em uma postura introspectiva e adstrito a pensar na terminologia hermeticamente técnica da ciência. Ao contrário, deve analisar o sistema processual da perspectiva dos consumidores dos serviços judiciários.

Para aquele que demanda em juízo o que verdadeiramente importa é o bem da vida aspirado, é a solução de um conflito que incomoda, é a necessidade de afirmar que sempre teve o direito agora confirmado pelo tribunal. Isso traz à baila a preocupação com a efetividade do processo.

A síntese da idéia de efetividade do processo está na recomendação de Giuseppe CHIOVENDA, no sentido de que o processo deve "dar a que tem direito, na medida que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter."¹⁷⁶

Inúmeros são os fatores que impedem esse objetivo de dar efetividade ao processo. Há diversos óbices que frustram a ação instrumental e justa do processo, dentre eles há os que põem em crise a utilidade das decisões judiciárias.

Para aquele que requer a atuação da jurisdição estatal, a vitória só existe com a efetiva satisfação do direito. De nada adianta saber que a pretensão foi acolhida em sentença mas há, ainda, que se aguardar a efetivação da decisão. O êxito existirá quando o direito for plenamente satisfeito, quando o bem da vida for entregue ao postulante. Por isso se falar na tendência do processo civil de resultados.

Há nítida deficiência de prestar adequada tutela jurisdicional quando o Estado inadmite o sujeito em juízo, quando conduz mal o processo, quando julga

¹⁷⁶ CHIOVENDA, op. cit, p. 42.

erroneamente e também quando, sem embargo haja julgado corretamente, não concede efetividade prática a seus julgados.¹⁷⁷

Em atenção a esse último, a nova via instituída pelo artigo 461 concede ao órgão jurisdicional poderes para o alcance da tutela específica ou resultado correspondente em qualquer obrigação de fazer ou de não fazer. Essa concessão de poderes tem como finalidade impelir a atuação do próprio réu, e exige como pressuposto a ordem emitida pelo juízo. Os provimentos advindos do artigo 461, que tutelam os deveres de fazer e de abstenção, não se cingem a autorizar o emprego de meios que substituem a conduta do réu, porém, mais do que isso, são aptos para ordenar que o próprio réu adote o comportamento devido valendo-se dos mecanismos processuais de coerção.

A utilização da multa coercitiva prevista na disposição do art. 461 do Código de Processo Civil, permite reforçar a execução das ordens judiciais. A função específica e exclusiva da multa é "emprestar força coercitiva à ordem judicial".¹⁷⁸

Supera-se, em certa medida, os obstáculos que se opõe a efetivação das decisões. Porém, ao mesmo tempo em que se reconhece na sanção pecuniária um meio de assegurar o cumprimento das decisões constatam-se hipóteses de inefetividade na sua aplicação. A aplicação de multa em face da pessoa jurídica faz com que a ordem e o encargo pela desobediência sejam atribuídos ao ente personificado exclusivamente, prescindindo do elemento volitivo que existe por trás da construção jurídica.

Não há dúvidas que a pessoa jurídica é um pólo autônomo de imputação de direito e deveres, todavia não se pode ignorar que sua atuação é determinada por aqueles que a comandam, que detêm poderes jurídicos de administração e direção.

Com base nessas considerações e levando em conta que a multa constitui instrumento de pressão psicológica, conclui-se que, muitas vezes, a intimidação só será possível caso o prejuízo patrimonial ensejado pela multa seja atribuído à pessoa física.

¹⁷⁷ Essas deficiências são apresentadas por DINAMARCO como obstáculos a instrumentalidade do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.265 *et seq*)

¹⁷⁸ ARENHART, *Perfis da tutela inibitoria...*, p. 352.

Reconhecer que a renitência de pessoa jurídica é, de fato, consequência da opção e de um juízo de seus dirigentes, leva a conclusão de que tanto a afronta à autoridade jurisdicional quanto o encargo pecuniário devem ser atribuídos aos responsáveis pela atuação do ente personificado.

Em face do exposto, a alternativa alvitrada consiste na cominação da multa coercitiva não só a pessoa jurídica, mas aos seus responsáveis, separadamente e em nome pessoal. Ao se falar em responsáveis se aduz àqueles que dentro da estrutura peculiar de cada pessoa jurídica tem o poder de cumprir o comando judicial, nessa classificação enquadram-se os diretores, administradores e demais funcionários de uma empresa privada, como também o administrador público e agentes administrativos em geral.

O reconhecimento da deficiência no sistema processual e a constatação de óbices à efetivação das decisões requer do operador do direito sensibilidade e criatividade na medida em que necessite extrair das proposições existentes novas vias de solução.

São dignas de referência as palavras de Cândido Rangel DINAMARCO, ao ponderar que para "o exame crítico do sistema existente, é indispensável indentificar os pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerando o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo."¹⁷⁹

Por fim, seja qual for a postura defendida, os valores máximos condensados na Constituição devem ser respeitados e servir de norte ao operador do direito. Ademais, o evoluir do processo civil deve-se conduzir em atenção às situações substanciais que emergem demandando tutela. Inafastável é a exigência de vinculação entre o processo e a realidade.

¹⁷⁹ DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, p. 272.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Obrigações de fazer e não fazer - Direito material e processo**. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVIM, Thereza Arruda. A tutela específica do art.461, do CPC. **RePro**, São Paulo, n.80, 1996.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **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-saxão**. Lisboa: Lael, 1974.

ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2002

_____. **Execução civil nos juizados especiais**. São Paulo: RT, 1996.

BLACK, Henry Campbell . **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing, 1968.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6.^a ed. Centennial Edition. St. Paul: West Publishing, 1994.

CANADIAN JUDICIAL COUNCIL. **Some guidelines on the use of contempt powers**. Ottawa, Maio, 2001.

Disponível: < [http:// www.cjc-ccm.gc.ca/english/publications/ contempt_2001.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/publications/contempt_2001.pdf) >.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa jurídica: metodologia da aprendizagem**. Curitiba: Juruá, 1999.

CHIARLONI, Sergio. Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n.3, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, v. II.

____. **Instituzioni di diritto processuale civile**. v. I.

____. **Principios de derecho procesal civil**. Trad. de José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922. t.1

COLESANTI, Vittorio. Misure coercitive e tutela dei diritti. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n.3, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CRIBARI, Giovanni. Execução específica - obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. **RePro**, São Paulo, n.10, 1978.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

____. **A reforma da reforma**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

____. **Instituições de direito processual civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I.

____. **Instituições de direito processual civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. II.

____. **Instituições de direito processual civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.III.

EMANUEL, Steven L. **Civil Procedure**. 18.^o ed. Larchmont: Emanuel Publishing, 1996-1997.

FRIGERI, Márcia Regina. A responsabilidade dos sócios e administradores e a desconsideração de personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 739, 1997.

GOBERT, James. **Corporate criminality: four models of fault**. Butterworths, Legal Studies, v. 14, November, 1994.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Madri: Labor.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

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

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção dos credores na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. Lawyers and the adversary system. In: ____ . ____ . **American civil procedure: an introduction**. New Haven/Londres: Yale University, 1993.

HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. The trial. In: ____ . ____ . **American civil procedure: an introduction**. New Haven/Londres: Yale University, 1993.

IRANZO, Virginia Prado. Principales innovaciones de la nueva LEC en materia de ejecución. **Revista Internauta de Praticà Juridica**, Universitat de València, n. 8, Julio-Diciembre, 2001. Disponível: <<http://www.uv.es/~ripj/>>.

_____. Sobre la prestación "in natura" imposible: cumplimiento por equivalente y cálculo de la indemnización. **Revista Internauta de Praticà Juridica**, Universitat de València, n. 1, Enero- Abril, 1999. Disponível: <<http://www.uv.es/~ripj/>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

KOWALSKI, Leonhard J.; MACCARTY, Dawn F. **Contempt of court bench book - Revised Edition**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto Processual Civile**. Milano: Giuffrè, 1997. v. III

MACCARTY, Dawn F.; KOWALSKI, Leonhard J. **Contempt of court bench book - Revised Edition**. Michigan: Michigan Judicial Institute's Publication Team, 2000.

MALACHINI, Edson Ribas. A eficácia preponderante das ações possessórias. **RePro**, São Paulo, n.71.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de execução**. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

____. **A antecipação da tutela**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003

____. **Novas linhas do processo civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

____. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. Atualiz. por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1970, t. I.

____. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1976, t. IV.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso dos direitos processuais**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

____. A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil, **RePro**, São Paulo, n.97, 2000.

____. **O novo processo civil brasileiro**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.

____. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. In: Temas de direito processual, 2.^a série. São Paulo: Saraiva, 1980.

____. **Tendências na execução de sentença e ordens judiciais**. In: Temas de direito processual, 4.^a série. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de Oliveira. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

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**. 1ª ed. México, 1954.

PERROT, Roger. La coeazione per dissuasione nel diritto francese. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Anno LI, n. 3, Luglio-Settembre, 1996.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 293, 1986.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através de personalidade jurídica “disregard doctrine”. **Enciclopédia Saraiva de Direito**, São Paulo, v. 2, 1977.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Juridicas Euro-America. t. III.

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

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

____. **Curso de processo civil**. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2002, v.2.

____. **Curso de processo civil**. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1998, vol. 3.

____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? **Chicago Working Paper in Law and Economics**, University of Chicago - Law School, March 1999. Disponível: <<http://www.law.uchicago.edu/faculty/sunstein/publications.html>>.

TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art.461; CDC, art.84.** São Paulo: RT, 2001.

_____. **Tutelas mandamental e executiva lato sensu e antecipação ex vi do art. 461, §3.º, do CPC. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela** (org. T.A.A. Wambier), São Paulo: RT, 1997.

TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C. Lawyers and the adversary system. In: ____ . ____ . **American civil procedure: an introduction.** New Haven/Londres: Yale University, 1993.

TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C. The trial. In: ____ . ____ . **American civil procedure: an introduction.** New Haven/Londres: Yale University, 1993.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Tradução de: Teresa Celina Arruda Alvim Pinto), **RePro**, São Paulo, n. 59, 1990.

_____. L'abuso del processo: profili comparatistici. **RePro**, São Paulo, n. 96, 1999.

TUCCL, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma.** São Paulo: RT, 2002.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. II.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade.** Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER Luiz Rodrigues. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC.** São Paulo: RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. **Genesis - Revista de direito processual civil**, n. 4, 1997.