UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Faculdade de Direito

AS CONSEQÜÊNCIAS DA DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM DO JUIZ CÍVEL

Sanções: pecuniária e privativa de liberdade

Jorge de Oliveira Vargas

Curso de Mestrado em Direito

Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.
Orientador: **Prof. Doutor Luiz Guilherme Marinoni.**

Curitiba
2000

AS CONSEQÜÊNCIAS DA DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM DO JUIZ CÍVEL

Sanções: pecuniária e privativa de liberdade

por

Jorge de Oliveira Vargas

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:
Prof. Doutor Luiz Guilherme Marinoni

Prof. Doutor João Gualberto Garcez Ramos

Prof. Doutor Joel Dias Figueira Júnior

Prof. Doutor Clayton Maranhão

Curitiba, 6 de outubro de 2.000

A meus adoráveis filhos Monalisa,
Alba Raquel, Jorge Neto e Pedro Tiago,
e à Martha, minha maior
incentivadora.

Sumário

I – Plano do trabalho, 7
II – Introdução, 8
III – Situação atual, 10
IV – Um problema antigo que continua atual, 14
V – A legitimidade social do Direito, 17
VI – A comunicação jurídica entre os interlocutores no processo, 20
VII – A comunicação horizontal entre os interlocutores do Direito no processo, 23
VIII – O dever de cooperação *versus* o 'direito' de obstrução, 25
IX –Direito – característica e essência, 27
X – A interpretação do Direito e a 'moldura' kelseniana, 30
XI – A interpretação formal e material, 33
XII – Acesso à Justiça – formal ou material?, 38
XIII – A necessidade de harmonização dos direitos fundamentais que possam se encontrar em aparente conflito, diante do princípio de que a Constituição deve ser interpretada como um todo e não em tiras, 42
XIV – A origem da desconfiança em relação aos juízes e o novo perfil da magistratura. O juiz como a boca da lei ou como o braço da lei?, 44
XV – O processo civil de resultado e a tutela específica, 50
XVI – O tema da efetividade das decisões judiciais nas Ordenações Filipinas, 53
XVII – O tema no direito comparado, 57
XVIII – Os objetivos comuns entre o direito processual civil estrangeiro e o nosso, bem como a influência daquele, 60
XIX – As comparações, 63
XX – O anteprojeto n. 14 da nova proposta de reforma do Código de Processo Civil, 73

XXI – O poder implícito do juiz de reprimir o desrespeito à Justiça, 77
XXII – O papel do Judiciário no '*common law*' e no '*civil law*', 79
XXIII – Do princípio da igualdade relativamente à proibição de se 'fazer justiça com as próprias mãos', 81
XXIV – Os avanços da doutrina e da jurisprudência, 82
XXV – A multa contra a pessoa física do administrador público e a possibilidade de sua substituição por um administrador público 'ad hoc' especialmente designado para cumprir a ordem judicial, 100
XXVI – O processo de construção da norma, 103
XXVII – O papel político do juiz, 111
XXVIII – As espécies de 'contempt of Court' no nosso sistema jurídico, 114
XXIX – A desobediência como crime permanente, 118
XXX – O sujeito passivo do crime de desobediência, 124
XXXI – Autoridade competente para determinar a prisão em flagrante, 126
XXXII – O crime de desobediência e seu alcance em relação a terceiro, 128
XXXIII – Da desobediência da ordem ou decisão judicial e da intervenção federal da União nos Estados e Distrito Federal e dos Estados nos Municípios, 131
XXXIV – O crime de responsabilidade pelo descumprimento da ordem judicial, 133
XXXV – Um despropósito, 135
XXXVI – A construção da norma. A interpretação das leis segundo os princípios constitucionais, 136
XXXVII – Do procedimento ideal a ser adotado para a declaração do estado de flagrância do renitente, 140
XXXVIII – Uma particularidade interessante da nossa magistratura, 143
XXXIX – A necessidade de se observar a razoabilidade, 144
XL – Conclusões, 146
Bibliografia, 151

Resumo

Este trabalho trata da passagem do Estado de Direito para o Estado de Justiça; do encontro, no terceiro milênio, da família do 'civil law' com a do 'common law', da criação do direito pelo Poder Judiciário, da transformação deste Poder de Poder meramente burocrático em Poder Político; da efetividade real da jurisdição cível, mesmo frente aos abusos no exercício dos poderes político e econômico; dos poderes implícitos do juiz cível para fazer cumprir sua ordem; da possibilidade da aplicação, em nosso ordenamento jurídico, do 'contempf of court' que permite até mesmo a imposição de pena de prisão para aquele que injustificavelmente deixa de cumprir uma ordem do juiz cível, devendo, no entanto, este instituto ser aprimorado através de sua aplicação em conjunto com o princípio da razoabilidade.

"O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito: é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e no papel, é só um fantasma de direito, são só palavras." IHERING.

I - Plano do trabalho:

Na introdução é feito um resumo, em forma de perguntas, das questões que serão abordadas no trabalho, envolvendo a impunidade que atualmente ocorre, em muitos casos, daqueles que desobedecem injustificadamente as ordens judiciais, principalmente por parte dos que ocupam uma função pública, em especial no Executivo.

Na seqüência será relembrada a natureza coativa do direito e defendida a imprescindibilidade da coerência nas decisões judiciais, bem como se sustentará que a criação do direito não é papel só do Poder Legislativo mas também do Judiciário e da sociedade em geral.

A conclusão se encaminha para o papel do juiz como o criador da norma, fazendo-se a distinção desta com o texto legal, e a possibilidade de, em se contextualizando os textos legais, chegar-se à coerência de admitir-se, em casos extremos, a aplicação da pena de prisão, pelo próprio juiz cível, àquele que desobedecer a sua ordem, garantindo-se o devido processo legal, inclusive com o contraditório e recursos cabíveis.

Far-se-á uma retrospectiva das formas de execução indireta, ou seja, execução através de aplicação de sanções pecuniárias ou privativas de liberdade em matéria cível, desde as Ordenações Filipinas até o anteprojeto nº 14 que atualmente tramita no Congresso Nacional, passando-se pela jurisprudência e doutrina, tanto nacional como estrangeira.

II – Introdução.

O objetivo deste estudo é o de enfrentar o delicado problema das conseqüências da desobediência da ordem judicial do juiz cível; qual a sanção que se pode impor a quem descumpre, por exemplo, uma liminar de mandado de segurança ou uma liminar numa ação civil pública envolvendo obrigação de não poluir? Será multado? Em quanto? No caso de a liminar ser concedida contra o Estado, a multa será imposta contra o órgão público ou contra a pessoa física do administrador?

E se a multa não for suficiente para impedir o descumprimento da ordem? E se o desobediente não se importar com a multa porque os bens materiais que possui são impenhoráveis? É cabível pena de prisão? Em que situação? O juiz cível pode decretar a prisão do renitente? Como o tema é tratado em direito comparado? Em nosso sistema existe norma que permita a decretação da pena de prisão? Qual a diferença de lei e norma? Quem cria a norma, o Poder Legislativo ou o Judiciário? Como o direito deve ser interpretado? A coerência deve necessariamente integrar uma decisão judicial? É possível deixar de lado a racionalidade nas respostas dadas pela jurisdição? O direito é um produto acabado ou sempre tem que estar sendo reconstruído? Desta reconstrução participa só o Poder Legislativo ou também o Poder Judiciário e a sociedade em geral? Qual a diferença entre legitimidade formal e social da norma jurídica?

Todas estas perguntas estão pedindo resposta, principalmente quando inúmeras decisões judiciais, por não serem cumpridas, acabam desacreditando a função judicial. Esta prática se constitui numa verdadeira negação de jurisdição. É dever do magistrado não apenas decidir, mas também fazer cumprir suas decisões.[1]

Se a jurisdição for ineficiente ficará comprometido o próprio Estado de direito, com a conseqüente abertura dos 'diques' para a passagem livre do arbítrio e da prepotência, fontes geradoras da insegurança e da descrença. Mas há a possibilidade de se resolver o problema através da ação de perdas e danos dirão os mais conservadores. Mas será que é isto que a população espera do Judiciário? Quanto tempo

---

[1] Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 35, I.

leva uma ação de liquidação de sentença por artigos? Isto sem falar do risco de a final o resultado ser uma *vitória de Pirro,* ou porque o devedor não tem bens suficientes para a reparação dos danos, ou porque seus bens são impenhoráveis, ou ainda, o que é pior, aquele bem de vida que o credor pretendia já não existe mais.

E o dano marginal que decorre da espera? É justo impor tamanho dano àquele que tem o direito reconhecido pelo Judiciário? E quando se tratar de danos não patrimoniais como v.g. a defesa do meio ambiente, do direito de proteção da imagem, da honra; também terá que se aguardar o processamento da ação de perdas e danos? E quando a lide tem por objeto verbas salariais, necessárias para a subsistência? Isto não desmoraliza o Judiciário? Não o transforma numa instituição "só de palavras", que só dá despesas e que na prática pouco, e, em certos casos, nada resolve?

É pensando que nosso sistema processual pode colaborar muito mais para a boa distribuição da Justiça que elaborei este trabalho, com o qual pretendo contribuir para uma reflexão maior sobre os obstáculos à efetividade do processo e as possíveis formas de superá-los, até porque, nas palavras de Sérgio Bermudes, *"a efetividade do processo será, no milênio próximo, a magna preocupação da processualística tanto quanto tem sido no fim deste milênio, quando se despertou para a realidade de que o processo não se exaure em si mesmo, constituindo um instrumento da jurisdição, tanto mais apto quanto assegure com perfeição e presteza a administração da Justiça.".*[2]

Sempre há que se ter em vista que o processo é o meio através do qual se exercita a jurisdição e que esta é um serviço público e como serviço público há de ser eficiente, conforme preceitua o art. 37 'caput' da Constituição Federal[3]. Por eficiente entende-se aquilo que é adequado, apropriado, eficaz; aquilo através do qual se alcança o resultado esperado.

Por não ter sido eficiente o processo é que a confiabilidade no Poder Judiciário tem ficado abalada.

Importa resgatar esta confiança; importa que o povo acredite não só na imparcialidade da Justiça mas também na sua eficiência.

---

[2] O processo civil no terceiro milênio, 'in' Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça – ano 3/Nº 7-2º semestre/1999, p. 128.

[3] Art. 37 da Constituição Federal. "A administração pública direta e indireta, de **qualquer dos Poderes** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade **e eficiência** ...."

O voto proferido pelo Ministro Edson Vidigal também merece destaque porque faz um relatório impressionante das circunstâncias:

> *"Senhor Presidente, não é a primeira vez que esta Eg. Corte Especial defere pedido de Intervenção Federal no Estado do Paraná até aqui pelo mesmo motivo – a falta de cumprimento a decisão judicial. E temos visto que, não obstante, nada acontece; nem há intervenção, nem o desobediente é responsabilizado criminalmente.*
> *Aliás, desobedecer à ordem judicial neste País tem sido um bom negócio não apenas para os meliantes que conseguem lucrar bastante com o crime apostando em que, ao final, não acontece nada.*
> *Tem sido bom negócio também para os demagogos que, aboletados em pontos do poder, fazem do desafio ao Judiciário investimentos de grande repercussão junto à televisão e aos jornais.*
> ...
> *E agora, o que vamos fazer? O caso é mesmo de Intervenção Federal para se fazer valer o cumprimento da ordem judicial no Estado do Paraná. Deferimos o pedido e daí? Vai haver intervenção? Só sabemos, quanto às outras, que não se realizou nenhuma. ..."*

Cândido Dinamarco, enfrentando este tema e enfocando os óbices postos pelo próprio Estado ao cumprimento de decisões judiciais, escreve:

> "Mais grave é a situação, até porque contraditória, quando o próprio Estado vem a opor óbices à efetividade da tutela que ele mesmo se comprometeu a conceder a quem ostenta direitos lesados. Tal é a figura do 'Estado-inimigo', de que venho seguidamente falando e que se consubstancia no Estado como o grande responsável pelo acúmulo de litígios em juízo (observação de KAZUO WATANABE). **Renega os postulados democráticos** solenemente afirmados em sua Constituição **o Estado que se volta contra decisões de seus próprios juízes** e, com isso, concorre para o enfraquecimento de suas próprias instituições."[6]

Agapito Machado mostra seu espanto quando pergunta:

> **"O que acontece à autoridade que não cumpre decisões judiciais proferidas em Mandado de Segurança ou em outra ação de natureza mandamental?** Responde por crime de

[6] Dinamarco, Cândido. *Execução de liminar em mandado de segurança.* In: Revista de Direito Administrativo, n. 200, ps. 309/325.

> desobediência (art. 330 do CP), por prevaricação (art. 319 do CP) **ou não pratica nenhum crime**, ante o princípio constitucional de que não há crime sem lei?... E adiante afirma: "Tal como se encontram as coisas, atualmente, tem se constituído um convite à autoridade desrespeitar as decisões judiciais de natureza mandamental. Os exemplos estão aí e o Poder Judiciário caindo no descrédito da opinião pública, já que ela não entende a razão de o Juiz não poder prender ou condenar alguém, sem respaldo em lei vinda do Poder Legislativo, por se tratar de jurisdição penal incriminadora. ... E aquele jurisdicionado, que batendo às portas do Judiciário, por nele acreditar, mas que embora obtendo a concessão da segurança terminou não atendido efetivamente no seu direito líquido e certo, como fica? Quem irá garantir a efetividade da decisão judicial que o atendeu? Que garantia constitucional é essa que de nada vale, na prática? Que Poder Judiciário é esse que não tem como punir com eficácia, quem não cumpre suas decisões em prol dos jurisdicionados?"[7]

Não é outra a posição de Edson Prata, quando, tecendo considerações sobre a deficiência do papel jurisdicional do Estado na substituição da atividade privada na composição da lide, pergunta: *"que adianta o juiz ordenar que Fulano pratique tal ato, se não dispõe de força para impor coativamente sua determinação?*[8]

Deste ponto de vista também não discrepa Májeda Denise Mohd Popp.[9]

Com isto, o Estado que prega a justiça, pratica injustiça para com o litigante que teve ganho de causa mas que, na prática, nenhum benefício recebeu; faz com que volte a imperar o poder da força, porque só

---

[7] Machado, Agapito. *O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental.* RT-722, pp.389-390.

[8] Prata, Edson. *As 'astreintes' no direito brasileiro', in* Revista Brasileira de direito Processual, v. 22, p. 17, no item "O Estado diz o Direito". Deste item ainda vale ressaltar o seguinte: "Sabemos que unicamente dizer o Direito não basta: precisamos do cumprimento daquilo que se disse ser o certo, o justo, ou antes, é indispensável a execução da sentença, comando imperativo e autoritativo expedido pelo Poder Judiciário, um dos componentes do tripé do Estado.... Na realidade, a sentença em si não basta, não substitui completamente a atuação que teria o credor se desenvolvesse sua própria força. Ela se efetiva com a execução, quando não obedecida prontamente. ... somente quando o Estado assume a responsabilidade total e efetiva de substituir a atividade privada, pode-se falar em terceiro imparcial que substitui as partes. Caso contrário, haverá sempre uma sutstituição incompleta, não globalizante, **impotente e ineficiente**. ... os poderes do Poder Judiciário não raramente se circunscrevem a *dizer o direito*, impotentes que estão para fazer cumprir suas determinações. Presenciamos, a todo instante, a impotência do comando jurídico expedido pela magistratura. ..."

[9] Dissertação de mestrado, *A ação cominatória como meio para a efetividade do direito*. Entretanto esta autora não advoga como solução para o problema a adoção de institutos semelhantes ao da *contempt of court* do direito inglês, ou da *Zwangshaft* e *Zwangsgeld* do direito alemão, mas sim, o princípio cominatório.

os fracos se sentiriam ameaçados pela Justiça e se disporiam a cumprir as ordens dela emanadas.

Mas o pior é que esta conduta, de todo reprovável, de não-cumprimento de decisão judicial, não tem ficado restrita ao Poder Executivo, também membros do Poder Judiciário, por mais absurdo que isto pareça, as vêm praticando.

Jurisdição, continua Edson Prata[10], *vem de 'juris' e 'dictio', que significa* ***dizer o direito.*** **Dizer só não: dizer e fazer cumprir**, como se observa na definição de ALSINA. ... *Vemos, pois, que dizer o direito não é bastante. Além da jurisdição, da 'juris dictio',* ***impõe-se o poder de 'imperium', pelo qual se força o cumprimento efetivo de uma decisão.*** *O 'imperium' é a efetivação da autoridade do juiz."*

Fabiane Bessa se refere à prestação jurisdicional como *manifestação da soberania do Estado* e cita a observação de Mr. Justice Arthur T. VANDERBILT no sentido de que:

> *"É nos tribunais e não no legislativo que nossos cidadãos primeiro sentem os afiados e fortes contornos do direito. Se eles têm respeito pelo trabalho do judiciário, seu respeito pelo direito sobreviverá às inadequações dos demais poderes constituídos;* ***mas se eles perderem o respeito pela atuação dos tribunais, seu respeito pela lei e pela ordem se desvanecerá, em grande detrimento da sociedade."***[11]

Esta situação de descaso para com as decisões judiciais, principalmente por parte dos órgãos estatais, que gera a desestabilização do próprio Estado de Direito, evidentemente não pode perdurar. Se o Direito sem coação é, como disse Ihering, fogo que não queima, luz que não ilumina[12], a sentença desobedecida impunemente é sal que não salga e por isso só serve para ser lançada fora, por imprestável, e aí estar-se-á iniciando a derrocada da democracia e instituindo-se claramente a 'lei do mais forte'.

Será que esta realidade pode ser mudada ou será que devemos continuar a interpretar as leis no sentido de que, na prática, nada acontece para quem desobedece a uma ordem judicial?

---

[10] Prata, Edson. *As 'astreintes' no direito brasileiro*, p. 20.

[11] Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O Direito constitucional de ação e o 'contempt of court'*, ps. V (resumo) e 5.

[12] Ihering.

IV - Um problema antigo que continua atual.

Apesar de o problema do descumprimento de decisões judiciais ser atual e continuar se agravando dia a dia, ele é entre nós uma preocupação antiga.

José Cretella Júnior,[13] comentando sobre a execução da sentença que concede a ordem em mandado de segurança, pergunta: *e se a autoridade coatora ... resolver descumprir a ordem do magistrado?*

Partindo do contido no art. 11 da Lei 1.533. de 31 de dezembro de 1951, que não prevê como se dará a execução da sentença que no mandado de segurança julgar procedente o pedido, o jurista faz uma retrospectiva do instituto e conclui pela necessidade da contextualização da lei, que, como se verá em capítulo próprio, se constitui no trabalho desenvolvido pelo intérprete para a criação da norma, com o que se encontrará a resposta procurada.

É nestes termos que se expressa:

> *"A Lei n. 191, revogada pela Lei n. 1.533, que estamos comentando, determinava que, julgando procedente o pedido, o juiz deveria mandar expedir, imediatamente, como título executório, em favor do impetrante, o mandado de segurança, determinando as providências especificadas na sentença contra a ameaça ou a violência. Mais ainda,* ***a autoridade coatora*** *(ou seu representante), recebendo cópia da sentença, deveria* ***sob pena de desobediência*** *tomar as providências necessárias para cumprimento da decisão judicial.*
> *O Código de Processo Civil de 1939, arts. 325, II, e 327, repetia as mesmas determinações."*

A Lei n. 1.533 silenciou a respeito, ou seja, não especificou que a ordem deveria ser cumprida **"sob pena de desobediência"**. Mas será que o legislador então quis deixar à autoridade coatora a faculdade de cumprir ou não a ordem judicial? Será que a sentença proferida em mandado de segurança, uma garantia que foi consagrada no texto constitucional para

---

[13] In: *Comentários às leis do mandado de segurança*, ps. 215 e seguintes.

concretizar os direitos fundamentais, passou a ser mera recomendação? Se assim for, o sistema jurídico não passa de uma mentira. É evidente que se a expressão *sob pena de desobediência* não foi usada é porque ela é tão óbvia que dispensava ficar explícita.

Sobre a necessidade de contextualização da lei continua Cretella: "O direito é um todo. Os institutos jurídicos estão sob **incidência normativa total**, ou seja, todos os dispositivos de um dado sistema de direito passam a **convergir** para as áreas correspondentes, **regendo-as.** Procure-se, pois, em outros diplomas legislativos do sistema jurídico pátrio, a punição[14] das autoridades que se obstinem em descumprir decisões judiciárias."

Após citar os crimes de responsabilidade que alcançam, dentre outras pessoas, inclusive o Presidente da República, pelo descumprimento de decisão judicial[15] e os tipos penais existentes, conclui Cretella: "como não invocar um desses artigos, ou todos, em conjunto, para caracterizar como gravíssima a atividade de autoridade coatora, federal, estadual ou municipal, que se recuse a descumprir decisão judicial, em mandado de segurança?"[16]

Castro Nunes[17] entende que o mandado de segurança comporta execução compulsória, sob sanções penais cominadas à desobediência, e que **"não está na opção do poder público cumprir a decisão ou apontar ao direito amparado as vias reparatórias. ... A garantia repousa na obediência da autoridade".** A sentença concessiva do mandado de segurança, conclui, **"é executória, porque, de outro modo, seria ilusória."**[18]

Cretella indaga: como, na prática, se compele a autoridade coatora a obedecer ao que o juiz decidiu na sentença, mandando, ordenando? Bueno Vidigal, afirmando que existe, no direito público brasileiro, o princípio geral da execução específica, entende que o órgão judiciário concedente do mandado *poderá empregar todos os meios de que dispuser para assegurar o seu efetivo cumprimento.*[19]

Este princípio da execução específica está hoje consagrado no art. 461 do Código de Processo Civil, cabendo ressaltar o contido no § 5° que diz: *"Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento,* ***determinar as medidas necessárias****, tais como a busca e apreensão,*

---

[14] No texto original consta a expressão 'posição', mas como ela não daria sentido a frase, utilizei a palavra 'punição'.

[15] O dispositivo que trata do crime de responsabilidade do Presidente da República por descumprimento de decisão judicial é o art. 85, VII da Constituição Federal de 1988.

[16] Cretella, ob. cit. ps. 216/7.

[17] Citado por Cretella, 'in' ob. cit. ps. 219/220.

[18] Nunes, Castro. *Do mandado de segurança*, 5. Ed., 1956, p. 409-10; cf. 7. Ed., 1967, p. 328, conforme Cretella, ob. cit. p. 219/220.

[19] Cretella, ob. cit. p. 221.

remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial."

A *história do mandado de segurança*, segundo Cretella[20], no direito brasileiro, revela que a orientação tem sido no sentido de suprimir a opção do poder público, porque a reparação do dano, em dinheiro, é inúmeras vezes insuficiente ou impossível.[21]

Diante da atitude arbitrária, do descumprimento da decisão judicial, como deve ser interpretado o direito? A resposta quem dá é Carlos Maximiliano: **"Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis."**[22]

Na lição de Habermas **"uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando se encaixa num sistema jurídico coerente."**[23]

O direito não pode estar divorciado do bom senso, por isso há de ser coerente, lógico, racional.

---

[20] Idem, p. 223.

[21] Idem, p. 223: "Nos projetos de lei que precederam à criação, entre nós, do mandado de segurança, em 1934, refletem a preocupação dos autores, na fase de execução, quando a ordem era concedida. Assim, no Projeto Gudesteu Pires, de 11 de agosto de 1926, se dispunha 'desde que o juiz ou tribunal considere provada a ameaça de violência e a liquidez e certeza do direito fundado na Constituição, ou em lei federal, expedirá à autoridade ofensora um mandado de proteção em favor do requerente, para que aquela autoridade se abstenha da prática do ato incriminado' (art. 5°), sendo que 'a violação do julgado, por parte da autoridade administrativa, induz responsabilidade civil e criminal' (art. 15). No substitutivo de que Afrânio de Mello Franco foi presidente e relator, estava previsto o arbitramento, na sentença, da indenização a ser paga ao prejudicado, até que fosse anulado o ato ofensivo: 'se, a final, a ação for julgada procedente, o juiz declarará ineficazes e carecedores de força jurídica o ato ou decisão administrativos e oficiará à autoridade de que estes emanaram, transmitindo-lhe imediatamente a sentença e arbitrando desde logo, nela a indenização que se pagará ao ofendido pelo prejuízo já sofrido, bem como **a que, em caso de desobediência da autoridade responsável, deverá ser paga até** que a lesão do direito violado seja reparada definitivamente, pela revogação, pela dita autoridade, do ato ou decisão ofensivos' (art. 8°). ... O Projeto Odilon Braga, de 4 de outubro de 1927, dispunha no art. 4° que: 'Findo o prazo do artigo anterior, sem mais discussão, entendendo o juiz, em virtude das alegações, da resposta e da prova, que é líquido e certo o direito do requerente, que ele depende da observância dos dispositivos legais citados, infringidos ou sob a ameaça de o ser, pelo ato, decisão ou missão da autoridade que deu causa ao pedido, a esta ordenará, por ofício, logo após julgada procedente a ação, que cumpra os dispositivos legais referidos, determinando os atos a serem, ou não, praticados em bem do direito em causa, e arbitrando a indenização a ser paga ao autor, enquanto não executada a ordem'. "

[22] Maximiliano, Carlos. *Hermenèutica e aplicação do direito, p. 205.*

[23] Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 289

V - A legitimidade social do Direito.

O Direito para ser legítimo exige muito mais do que a elaboração de leis que observem o processo legislativo, pois muitas vezes da ação ou omissão do legislador ou até mesmo do mero descuido deste podem ser positivadas verdadeiras heresias sociais. Além disto não se pode esquecer que a ação do legislador ordinário está vinculada ao texto constitucional, pois em razão do princípio da supremacia da Constitucional Federal, *"todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas daquela"*[24]. Disto se extrai que não basta a legitimidade formal, há de se buscar sempre a legitimidade social e material do Direito. O Direito deve interpretar as expectativas da sociedade, consagradas na Constituição, e atendê-las na proporção em que se dirijam ao bem comum. O Direito adquire legitimidade social quando é compreendido e bem recebido pela sociedade, quando é visto como algo bom, útil, racional e coerente.

Se o Poder Judiciário faz o controle da constitucionalidade das leis, a sociedade faz o controle da legitimidade social destas.

O controle da legitimidade social das leis é conferido à sociedade porque é em função dela que as leis existem, além do que ela continua sendo detentora do poder constituinte originário. Não se pode nunca esquecer que todo o poder, inclusive o de legislar e também o de julgar emana do povo e deve ser exercido para servi-lo.[25] Se o titular de todo o poder é o povo, este tem o direito de sempre estar revisando, reconstruindo, apoiando ou reprovando os atos praticados por seus delegados.[26]

O exercício do poder através da representação ou delegação jamais pode deixar de atender às necessidades e objetivos do mandante; isto seria uma traição ao mandato. O mandato político pode e deve se

---

[24] Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 48.

[25] "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

[26] Eugen Ehrlich chega a afirmar que *o direito não necessita do Estado, pois é no seio da comunidade que surge o fenômeno jurídico.* Carlos Roberto Motta Pelegrino, *Direito, sociedade e linguagem*, p. 10.

desligar dos interesses individuais do mandante-eleitor, mas jamais dos interesses coletivos do mandante-coletividade.

O povo exerce diretamente o Poder de várias maneiras, inclusive quando rejeita, no dia-a-dia, por irracionais e incoerentes certas normas, condutas ou conclusões daqueles que desempenham funções públicas, quer na área do Legislativo, quer no Executivo ou no Judiciário, e o juiz, não só como intérprete das leis mas também como depositário ou guardião dos poderes do povo[27], não pode se fazer de surdo para as reclamações ou reivindicações por uma prestação jurisdicional não só de palavras mas efetiva. A falta de uma sanção em sentido próprio, pode transformar a jurisdição que imponha um dever de prestação em 'jurisdição de papel', conforme importante corrente doutrinária italiana.[28]

Na visão de Habermas, "a *validade social* de normas de direito é determinada pelo grau em que se consegue impor, ou seja, pela sua possível **aceitação fática** no círculo dos membros do direito."[29]

Se é assim, faltará legitimidade social a uma norma jurídica sempre que ela se apresente como irracional ou incoerente aos consumidores do direito, e por esse motivo não se pode exigir que a parte que teve um direito reconhecido pelo Poder Judiciário, possa aceitar como válida uma norma que consagre a impunidade da parte contrária que, de maneira injustificável, deixou de cumprir a decisão judicial, ou seja, obstruiu a realização da justiça.

Os dogmáticos chegam a afirmar, para justificar a falta de legitimidade social da norma, que basta a legitimidade formal, porque é desta que decorre a segurança jurídica. Os defensores desta tese esquecem que por segurança jurídica deve-se entender que as pessoas só se sentirão verdadeiramente seguras quando puderem confiar que na aplicação do direito sempre prevalecerá aquilo que for razoável, aceitável, de bom senso e adequado. Segurança jurídica não pode ser sinônimo de absurdo, incoerência ou irracionalidade.

É da incoerência das leis que surge em grande parte a liberdade do juiz para a produção do Direito, pois, repetindo Cruet, *a lei é feita para a sociedade e não a sociedade para a lei.*[30]

Além da questão da aceitação social, a legitimidade do direito está ligada também à sua efetividade; a respeito poderiam ser lembradas as palavras de CHEVALIER, acerca da evolução do Direito nos dias atuais,

---

[27] A respeito escreve José Afonso da Silva, 'in' ob. já cit. ps. 157/8: "A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, que era uma das treze colônias inglesas na América. Essa declaração é de 12.1.1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos EUA. ... A Declaração de Virgínia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: ... (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, **e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis**; ..."

[28] Chiarloni, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*, ps. 217 e seguintes. Deve-se observar, porém, que este autor não compactua com esta corrente doutrinária.

[29] Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre factividade e validade*, vol. 1, p. 25.

[30] Cruet, Jean. ob. cit. p. 49.

em que *"a efetividade torna-se a condição e a garantia de sua legitimidade."*[31]

É na sua constitucionalidade, aceitação social e efetividade, que a lei encontra sua legitimidade.

[31] Vers un Droit Post-Moderne? Les Transformations de la Régulation Juridique, Revue du Droit Public, Mai-Juin 1998, p. 680, conforme Marçal Justen Filho, 'in' *União Européia – A esperança de um mundo novo, p. 15.*

VI – A comunicação jurídica entre os interlocutores no processo.

O processo, que já foi um duelo físico, em que a razão se demonstrava através do uso das armas, hoje transformou-se num diálogo; diálogo muitas vezes áspero, mas sempre um diálogo.

O problema deste diálogo é que dele tem ficado de fora a pessoa mais importante, ou seja, a parte. O diálogo normalmente se dá entre os operadores do direito e não entre estes e os consumidores. A comunicação processual tem início na legislação e se expande entre seus intérpretes, ou seja, entre o juiz, promotor de Justiça e advogados, alcançando ainda os serventuários. Mas que linguagem é essa que se utiliza? Será que as partes a entendem? Afinal de quem é o interesse que está em jogo?

Lief Carter, analisando o papel de uma das mais importantes instituições de seu país – a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – conclui que *"o cerne de atuação de uma Corte Constitucional está em* ***esforçar-se por expressar-se de forma a convencer o seu público de que sua decisão é coerente e pode ser reconhecida como sendo boa para todos."***[32]

A linguagem jurídica, como qualquer outra, deve necessariamente exprimir um mínimo de razoabilidade para que convença o seu destinatário, e o destinatário da linguagem jurídica não são só as partes envolvidas num processo mas também a sociedade em geral. Infelizmente a linguagem utilizada é muitas vezes incompreensível para o destinatário e possibilita com isto um desvio de finalidade, ou seja, a linguagem pode transformar um dever num arbítrio, pode colocar o direito a serviço de um poder que se diz democrático mas que na verdade quer impor sua vontade acima de todos, quer dominar.

A linguagem utilizada pelos órgãos estatais deve ser clara, inteligível e principalmente convincente; deve haver uma comunicação fácil, transparente e compreensível entre os detentores provisórios do Poder e a população, até mesmo para possibilitar que as pessoas possam exercer seu direito à cidadania, um dos fundamentos da nossa República[33]; cidadania essa que compreende não somente o exercício dos

---

[32] Pelegrino, Carlos Roberto Motta. *Direito, sociedade e linguagem*, p. 13.

[33] Art. 1º, II da Constituição Federal.

direitos políticos mas também o de fiscalização, aprovação ou desaprovação do desempenho daqueles que exercem funções públicas. Tão longe vai o poder de fiscalização da sociedade em relação ao comportamento dos governantes, que a Constituição de 1988 chegou a consagrar, além da ação popular, o *habeas data coletivo* ou o princípio do "arquivo aberto".[34]

Esta transparência no exercício do poder, que é um direito constitucional da população, alcança, por óbvio, também o Poder Judiciário; e por transparência não se pode entender apenas a fundamentação e publicidade das decisões judiciais mas também que esta fundamentação seja inteligível às partes e não apenas aos advogados; que seja convincente às pessoas comuns; que não seja apenas um palavreado excludente da população.

Mauro Cappelletti, falando sobre a **dimensão social do processo** e de maneira especial sobre a **visão tridimensional do Direito**, leciona que "*sob esta nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é* ***encarado****, principalmente,* ***pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça****, enfim, sob o ponto de vista* ***dos usuários dos serviços processuais****.*"[35]

Nesta visão tridimensional, o jurista, segundo Cappelletti, é chamado a analisar não apenas o sistema jurídico mas também "*a necessidade ou problema social que reclama por uma resposta no plano jurídico*", porque a resposta do jurista só será eficaz se se constituir num instrumento adequado à solução da necessidade ou problema social.

O exercício da cidadania, neste ponto, ocorre quando o papel do jurista pode ser e é avaliado pelos consumidores do direito.

Pela visão tridimensional do Direito o processo de comunicação deixa de ser bilateral, ou seja, deixa de ocorrer apenas entre o legislativo e o judiciário, ou entre os produtores e operadores do direito; não são apenas os legisladores, juízes, promotores e advogados que devem entender a linguagem jurídica; a dimensão social do processo exige que esta linguagem seja compreensível também e principalmente pelo consumidor do direito, porque ele é, ao mesmo tempo, criador e destinatário do direito e é em função dele que o direito existe.

Assim, se para o consumidor do direito a resposta dada a um problema, através de uma decisão judicial, for incompreensível será como

---

[34] Sobre a ação popular diz o art. 5º, LXXIII da Constituição Federal: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural,** ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência."; relativamente ao 'arquivo aberto', dispõe o inciso XXXIII do mesmo dispositivo constitucional: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, **ou de interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado."

[35] Cappelletti, Mauro. "*Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*".

se esta decisão não estivesse fundamentada, pois fundamentar é apoiar-se em razões plausíveis e compreensíveis pelo destinatário.

Quem dá esta resposta, dentro do processo, é o juiz, por isso sua decisão deve primar por ser de fácil leitura, e principalmente ser convincente. O juiz deve escrever se dirigindo também às partes e não apenas aos advogados ou ao promotor.

VII - A comunicação horizontal entre os interlocutores do Direito, no processo.

A comunicação entre os interlocutores do Direito, no processo, quais sejam, o legislador, o juiz, o promotor de Justiça, os advogados e as partes, tem-se dado, normalmente, de uma maneira hierarquizada, no sentido de se reduzir o diálogo processual a uma imposição de *certo* ou *errado*, partindo-se do legislador e aplicando-se às partes. Em tais situações não há diálogo, ou seja, não há democratização do diálogo; o que há é imposição de preconceitos, é a ditadura do Direito; só haverá diálogo quando esta comunicação for democratizada.

O legislador cria a lei em abstrato, ditando normas genéricas de comportamento que devem ter por objetivo alcançar um fim social desejável pela sociedade; este ato legislativo, para ser legítimo, deve ter como meta resolver problemas individuais e sociais, transformando a sociedade para torná-la mais justa, menos desigual. Mas como resolver estes problemas se o legislador não pode prever todas as situações que possam surgir no dia-a-dia das pessoas? Por isso o ato do legislador, que é abstrato, genérico e por natureza estático, necessita ser reconstruído pelo juiz para atender a um fato concreto, específico e por natureza dinâmico; porém, como o juiz saberá qual a maneira de dar a solução mais adequada ao problema se não contar com a participação das partes? Desta reconstrução, portanto, as partes devem necessariamente participar, ter voz ativa, trazendo ao processo detalhes, particularidades e costumes locais ou regionais, que se constituem em elementos essenciais para possibilitar uma decisão apropriada. Esta reconstrução deve ser *aberta*, para que possa assimilar todos os pormenores que envolvem o *caso concreto*, inclusive de natureza psicológica. É do diálogo entre o legislador, através da norma abstrata, o julgador e as partes entre si, bem como com seus representantes judiciais, que se poderá extrair uma decisão compreensível e adequada.

Desta comunicação em nível horizontal podem ser extraídas duas premissas: a) a possibilidade de uma decisão mais justa; e, b) o dever de cooperação das partes.

Poder-se-ia alegar que em ações como a do mandado de segurança este diálogo seria impossível porque não há uma fase própria para isto; entretanto não se pode esquecer que o art. 125, IV do Código de Processo Civil, ao dispor que compete ao juiz *'tentar a qualquer tempo, conciliar as partes'*, consagra um princípio e não apenas um preceito, pois a conciliação é um objetivo que alcança qualquer conflito, independentemente do rito processual que o discipline, por essa razão nada impede que o juiz designe uma audiência para melhor tomar conhecimento dos fatos objeto de um mandado de segurança, não só procurando a conciliação entre as partes, o que pela prática pude perceber que não é impossível, mas também para colher melhores elementos para seu convencimento, ainda que apenas para o deferimento ou não de uma liminar. Muitas vezes a resistência ao cumprimento de uma ordem judicial se origina do fato de o juiz ter feito uma análise excessivamente superficial dos fatos.

VIII - O dever de cooperação *versus* o 'direito' de obstrução.

O diálogo forense para se tornar mais eficiente, necessita, além da participação efetiva dos litigantes, também da conscientização destes de que devem cooperar para que o conflito seja resolvido da maneira mais correta possível; a litigância de má-fé deve ser repelida porque compromete a finalidade social do processo, e não há maior litigância de má-fé do que a falta de cumprimento da decisão judicial

A respeito do dever de cooperação das partes cabe invocar, para a melhor compreensão e aperfeiçoamento do nosso Direito, o Código de Processo Civil português, que em seu art. 266° 1. dispõe: *"Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e* ***as próprias partes*** *cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio."*[36]

Este princípio que trata da cooperação das partes é uma evolução do princípio da lealdade processual e um chamamento à formação de uma nova cultura jurídica.

Ele está assim justificado no Decreto-Lei n° 329-A/95 que se constitui na 'exposição de motivos' da reforma do Código de Processo Civil português:

> "Consagra-se o princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedida e eficaz, a justiça do caso concreto, e procurando plasmar, mais uma vez, como adiante melhor se irá especificando, tal princípio nos regimes concretamente estatuídos (v.g., audiência preliminar, marcação de diligências, averiguação de existência de bens penhoráveis).
> Tem-se, contudo, plena consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns

[36] A respeito deste princípio, extrai-se da exposição de motivos do CPC português (Decreto-Lei n° 329-A/95) que: "Como reflexo e corolário do princípio da cooperação, consagram-se expressamente o dever de boa fé processual, sancionando-se como litigante de má fé a parte que ... pratique omissão indesculpável do dever de cooperação."

> preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo, idôneo a produzir o resultado que a todos interessa – cooperar com boa fé numa sã administração da justiça.
> Na verdade, sem a formação desta nova cultura judiciária facilmente se poderá pôr em causa um dos aspectos mais significativos desta revisão, que se traduz numa visão participada do processo, e não numa visão individualista, numa visão cooperante, e não numa visão autoritária."

Dentro desta nova visão do processo civil, que não se limita apenas a exigir que a parte não atrapalhe, mas que coopere para uma *sã administração da justiça*, é inadmissível admitir-se a impunidade daquele que obstrui a efetividade da jurisdição.

Este novo enfoque dos deveres das partes influi para que fique mais relativizado o dogma da autonomia da vontade dentro do processo, pois uma administração da justiça eficiente não é algo que interessa apenas às partes, mas a toda sociedade.

IX – Direito – característica e essência.

Qual o seu traço característico e em que consiste a essência do Direito?

O conceito mais corrente, em nossos dias, é aquele que sublinha o caráter coativo do Direito, mas não somente isto, pois sua principal característica não é apenas a coação, mas como esta é exercida, ou seja, a possibilidade de se coagir alguém mediante a execução forçada e a imposição de pena privativa de liberdade.

"Essa maneira de coagir, de garantir o cumprimento dos deveres estatuídos em suas regras, é que assinala o Direito, apartando-o de outros sistemas de normas. ... O traço distintivo .... reside inteiramente na forma de coação.

O Direito é, eminentemente, instrumental. Nada mais representa senão um instrumento de intervenção do Estado no meio social, para o prosseguimento do bem comum concebido. Daí a lição lapidar de Recaséns Siches: "Conviene insistir en que el Derecho es un medio especial, cuya especialidad consiste en su normatividad coercitiva, adoptado por los hombres en sociedad para asegurar la realización de los fines cuyo logro consideran necessário para su vida".

A natureza do Direito é instrumental e a essência desse instrumento é a coatividade que se exerce mediante a possibilidade de constrangimento físico ou de execução forçada."[37]

"O direito, escreve Castanheira Neves, não pode bastar-se com uma validade simplesmente normativa, exige simultaneamente uma 'validade fáctica, - pelo que à sua função imediatamente prescritiva, enquanto princípio de acção, **acresce** na verdade a **função sancionatória**, enquanto critério de sanção."[38]

Desta afirmação surge a pergunta: Quais os instrumentos que o ordenamento jurídico coloca à disposição do autor para concretizar seu direito?

A resposta poderia ser muitos: tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de

---

[37] Carvalho, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*, p.

[38] Conforme João Calvão da Silva, In: *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, p. 201.*

atividade nociva, penhora, leilão, praça, adjudicação compulsória, imposição de multa, além de requisição de força policial e outros. Porém é de se indagar se estes meios têm sido suficientes ou se servem para todas as situações.

Em inúmeras situações estes meios têm sido considerados satisfatório; ocorre que em outras, principalmente naquelas em que se exige um comportamento de fazer ou de não fazer e de maneira especial quando estão em jogo direitos coletivos ou difusos, eles têm se mostrado inócuos. É em razão destas exceções que apesar de exceções estão acontecendo continuamente, que se desenvolveu esta pesquisa.

Assim, é de se perguntar: e se for necessário lançar mão de meios mais rigorosos, como a prisão daquele que não satisfaz, injustificadamente, a pretensão considerada legítima pela autoridade judicial?

A resposta que normalmente tem prevalecido é que o juiz cível não pode utilizar-se deste recurso extremo; interpreta-se o nosso ordenamento jurídico no sentido de que para tanto lhe falta legitimidade e apoio legal.

Sem querer dizer que tal interpretação é infundada, porque se lhe reconhece fundamento legal e até mesmo constitucional, objeta-se, todavia, que ela não é a única válida, nem a mais adequada para certas situações, ou, em outras palavras, que existem outras interpretações, com igual amparo legal e constitucional que, em determinados casos, podem dar uma resposta mais satisfatória.

O Direito não é uma ciência exata que pode desprezar o dinanismo da vida, o momento histórico em que vive, as características de um tempo e a sua finalidade.

Antonio Manuel Peña Freire escreve:

> *"si entendemos la teoria general como el acercamento abstrato y formal a los conceptos jurídicos, estudiaremos el derecho sin tener en cuenta el tiempo o el espacio en que existe y en el que está destinado a operar, ni tampouco la función que desarolla en cada momento histórico y en cada contexto concreto. De este modo, el saber jurídico quedaría, finalmente, asemejado a una ciencia exacta donde las estructuras e instituciones jurídicas serian neutras como las fórmulas matemáticas y donde los sistemas jurídicos serían simples formas instrumentales sin ninguna relevancia práctica de carácter social o político.*[39] *El derecho sería*

[39] O autor observa que "esta afirmación no nos debe llevar a considerar que existe una oposición irreconciliable entre ciencias del hombre y de la naturaleza, antes al contrario, cada una de ellas debe tomar conciencia mutua de la outra. Las primeras habrán de tomar conciencia del carácter físico y biológico de los fenomenos humanos y las segundas de su inserción en una cultura, en una historia y en una sociedad. Sólo de este modo la ciencia y, en general, el conocimiento acabarán alcanzando el estatus epistemológico de *sentido común* (Santos, 1987, 55) o de *ciencia com conciencia* (Morin, 1982, 43) que evite los riesgos de

instrumental para perseguir determinados objetivos y fines, cualesquiera que éstos sean, y sin que este dato incidiera en la propia realidad de lo jurídico ni en los procesos de conocimiento a él referidos.
Sin embargo, hay numerosas razones para no pensar aí: las normas, y ésta es la principal, no hablan de sí mismas, y toda norma para existir, tiene que ser leída, esto es, valorada, interpretada o aplicada por alguien. Esta lectura puede hacerse desde numerosos y variados puntos de vista que, necesariamente, afectarán al proprio significado normativo. La conclusión es evidente: las normas no son ecuaciones o factores neutros sino *cadenas de argumentación que, en todo caso, traducen valores ideológicos e intereses sociales, políticos y econômicos."*

Afinal, *Hamlet* não tem sido interpretado só de uma maneira.

---

esoterismo y nos enseñe definitivamente algo acerca de nuestra manera de estar en el mundo que permita orientar nuestras acciones y nuestra vida. " In: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, ps 21/22.

X – A interpretação do Direito e a 'moldura' kelseniana.

É falso, pois, o dogma de que o Direito só pode ter uma interpretação. Aqueles que o defendem se preocupam em demasia com o princípio da segurança jurídica, relegando a segundo plano a justiça, a eficácia e o caráter social de sua aplicação.

O Direito é algo inacabado, sempre está em construção, e como diz o poeta Fernando Pessoa, *'só as pessoas superficiais não mudam de opinião'*, pois na proporção em que se aprofundam em determinado tema, diante das novas reflexões feitas, naturalmente a opinião vai se modificando.

Ehrlich diz que as relações jurídicas, em relação a nossos códigos, são tão incomparavelmente mais ricas, mais variadas, que *o simples pensamento de esgotá-las em um código seria uma monstruosidade.*

> **"Querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa. O que vai para ela não é mais uma correnteza viva, mas águas mortas, e muita água não entra nela de jeito algum. Leve-se em consideração, além disso, que cada um destes códigos estará superado necessariamente pelo direito vivo, no momento em que estiver pronto, e a cada dia ainda mais antiquado; então tem-se que compreender em todo caso quão incalculável e, portanto, ainda completamente virgem é o campo de trabalho que se abre aqui para o moderno pesquisador do direito."**[40]

Kelsen, que é lido como um positivista radical, apesar de que, como veremos adiante, não o ser, já se referia a uma moldura, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação do Direito. Ensina que *'o intérprete tem sempre que ficar com uma margem, ora maior ora menor, de*

---

[40] In: Carlos Roberto Mottas Pelegrino. *Direito, sociedade e linguagem*, p. 11.

livre apreciação; ... o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante ***várias significações possíveis***"[41].

O juiz, e não só o legislador, cria o Direito; o sistema jurídico oferece várias, e não apenas uma, possibilidades para que o órgão judiciário construa uma norma que melhor atenda às reais necessidades do caso concreto.

Estas várias possibilidades de interpretação estão retratadas, como já foi dito, por Kelsen através da figura de uma moldura. É assim que a ela se refere no item *'o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação'*[42]:

> *"... O Direito a aplicar forma ... uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. ... o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.* ***Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que ... têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral."***

A interpretação do Direito não é um ato apenas jurídico mas também político[43], daí porque o Judiciário tem que deixar de ser um órgão meramente burocrático para assumir definitivamente seu papel *transformador, e não conservador,* da sociedade; a jurisprudência sempre criou e continua cada vez mais criando novas formas de garantir os direitos, antecipando-se, no mais das vezes, ao legislador.

Dentro deste raciocínio há de se entender que a pretensão deste estudo não é indicar a única solução correta para a falta de efetividade das

---

[41] Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, ps. 388 e 389.

[42] Kelsen, Hans. Ob. citada, ps. 390/391.

[43] A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer ... uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, **mas um problema de política do Direito.** Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 393.

decisões judiciais, mas apresentar uma que possa contribuir para se alcançar este objetivo.

XI – A interpretação formal e a material.

Em nosso sistema jurídico vigora o princípio da primazia da Constituição, o que significa dizer, como didaticamente preceitua a Constituição da República Portuguesa, que: *"A validade das leis ... depende da sua conformidade com a Constituição"*[44]. Assim sendo, toda a interpretação deve estar em harmonia com a Constituição, mas esta pode ser interpretada tanto formal como materialmente

Qual destas interpretações deve prevalecer? Os constitucionalistas modernos, conforme Paulo Bonavides,[45] estão divididos entre os que seguem uma teoria formal da Constituição, *abraçados ao positivismo que culminou de último com a Escola de Viena,* e os adeptos a teoria material, que *flui da Escola de Zurique.*

Ambas as teorias trazem ricos ensinamentos que o intérprete não pode desprezar; o que deve ser evitado é a radicalização.

Radicalizar posições, ensina Bonavides[46], *"conduz a resultados perniciosos, ao mesmo passo que embarga o caminho a uma investigação científica do fenômeno constitucional. Kelsen não desatualizou Jellinek da mesma forma que Schmitt não destruiu Kelsen."*

A contribuição destes juristas deve ser recebida sem preconceitos, pois formam a base para o desenvolvimento do estudo contemporâneo do constitucionalismo.

Muitas vezes a radicalização é fruto de uma leitura apressada da obra que inspirou uma ou outra teoria.

Para Bonavides [47] *"por mais que os normativistas do formalismo digam ao contrário ou fulminem com os raios da ortodoxia a assertiva, a obra de Kelsen também enriquece a teoria material da Constituição"*, tanto é que:

> *"Por ocasião do congresso dos Professores alemães de Direito Público, ocorrido em Viena nos dias 23 e 24 de abril de 1928, Kelsen mesmo já confessava, em réplica a Triepel e aos que o*

---

[44] Artigo 3°, 3.
[45] Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional.* p.147.
[46] Bonavides, Paulo. Ob. citada, p. 2.
[47] Bonavides, Paulo. Ob. citada, p. 2.

incriminavam de sustentar um formalismo radical, que, sem o conceito material de Constituição, não era possível resolver o problema da jurisdição constitucional, um dos temas ali debatidos. Assim se exprimiu o célebre jurista: ***'Concernente ao estabelecimento de um conceito de Constituição, que forma o fundamento do problema da jurisdição constitucional, devo a seguir, esclarecer um equívoco no qual, ao que me parece, incorreu o Sr. Triepel. Em polêmica comigo, partiu ele da suposição de que me baseio num conceito formal de Constituição. Minhas explanações, todavia, hão demonstrado, porventura, que eu me coloco inteiramente no terreno de um conceito material da Constituição. Aquilo que se entende por Constituição em sentido formal de maneira alguma basta para fundamentar o problema da jurisdição constitucional. Foi isto, precisamente, o que eu intentei demonstrar e a essa constatação atribuo o maior peso."***

Porém não se podem negar as divergências marcantes entre as duas teorias, enquanto a formal reduz a Constituição a um legalismo, dentro do positivismo dogmático, *"fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos ... do que deriva metodologicamente uma espécie de construtivismo positivista, de cunho neutral e apolítico, ... que confere um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito"*[48], a material afasta-se da visão unicamente jurídica, para incorporar também a política, o que significa a politização da juridicidade; daí nasce a *'dialética bipolar que irá resolver o problema da vinculação do 'Direito' com a 'realidade'.*[49]

É uma questão ideológica. A interpretação formal, ou meramente jurídica, serve ao Estado liberal do estilo burguês, conservador e individualista, que quer a manutenção das coisas como elas estão, que é avesso a qualquer transformação; que rejeita a intervenção do Estado a favor das classes dominadas, que considera pura demagogia qualquer tentativa de limitar o abuso do poder político ou econômico, mas exige a intervenção estatal sempre e unicamente em favor da classe dominante. Quem elabora as leis? É a classe dominante e sempre a seu favor. A tese da teoria pura do direito, ou do dogmatismo jurídico, que afasta o aspecto político do estudo das leis, não tem aplicabilidade em nosso país, pois é ela, segundo o próprio Kelsen, extemporânea em países com desequilíbrio social, como o nosso, e pode aí, se utilizada, ser colocada a serviço das ditaduras[50], quer políticas, quer econômicas.

Já a interpretação material, ou predominantemente política, atende aos propósitos do Estado intervencionista que pretende

---

[48] Bonavides, Paulo. Ob. citada, p. 148.
[49] Bonavides, Paulo. Citando D. Schindler, ob. cit. p. 157.
[50] Kelsen, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 5.

transformar a sociedade, buscando a diminuição das desigualdades e a extinção dos privilégios. É a ideologia do Estado social, que prega a participação ativa do Estado na sociedade e vincula a atividade da administração pública em geral, englobando todos os Poderes, a determinados programas e princípios sociais. Sua aplicação ilimitada, porém, pode levar a resultados tão desastrosos quanto aqueles que decorrem da adoção incontrolada do Estado burguês antes citado, uma vez que ficando ela, a interpretação material, excessivamente na dependência do comportamento subjetivo de seus aplicadores pode resultar no fim da segurança jurídica das pessoas.

A conclusão é que deve haver uma conexão entre ambas as formas de interpretação da Constituição, o intérprete deve construir pontes entre a interpretação formal e a material, buscando a razoabilidade e o bom senso, levando-se em conta que as normas não falam de si mesmas, mas traduzem valores ideológicos e interesses sociais, políticos e econômicos; o elemento valor é indispensável na composição da norma; é ele, o valor, que lhe dá uma direção, que lhe atribui legitimidade[51]; a norma sem o elemento valor não tem razão de ser; o direito, dada sua função instrumental de alcançar objetivos previamente determinados em favor do bem comum, só existe e tem sentido sempre em razão de uma realidade, ou melhor dizendo, de uma necessidade. Não se pode esquecer, no entanto, que o valor deve estar alocado ao texto legal, porém sem integral vínculo ao mesmo, até porque o Direito tem sempre uma dimensão maior do que a lei.

Paulo Bonavides enfrentando esta polêmica enfatiza:

---

[51] Carvalho, Paulo de Barros. Em conferência pronunciada em 24 de outubro de 1996, no X Congresso Brasileiro de Direito Tributário, sob o título *"Enunciados, normas e valores jurídicos tributários"*, a respeito ensina: "O Direito é produzido pelo ser humano para disciplinar os comportamentos sociais, os comportamentos intersubjetivos, porque os intrasubjetivos escapam do interesse do Direito, do controle do Direito. Ora, vamos tomar o Direito, então, que se apresenta necessariamente como norma jurídica, e as normas jurídicas necessariamente como uma manifestação de linguagem, vamos tomar esse produto como um produto cultural, entendendo objeto cultural como todo aquele produzido pelo homem para obter um determinado fim. Pois bem, **o Direito é produzido pelo homem para obter esse fim de controle das condutas sociais, canalizando essas condutas em direção a certos valores que a sociedade quer ver realizados. ... onde houver um produto cultural, também haverá, necessariamente, um valor. Querendo ou não querendo, nós temos de reconhecer num objeto cultural qualquer sempre a presença do valor, porque mesmo quando o homem cria um objeto, cria um produto qualquer, ele estará implantando, consciente ou inconscientemente, os seus valores.** Ora, o Direito é um produto cultural e portará, necessariamente valores. ... a captação dos valores é fundamental para compreendermos o fato social. É por isso que os objetos culturais, os objetos sociais, não são explicados nem são demonstrados, são compreendidos. A compreensão pressupõe o conhecimento da relação de causalidade física que esteja presente, mais o dado axiológico, o dado do valor. E assim os fatos jurídicos. Ora, a apreensão dos valores se dá com a intuição emocional, não com a intuição sensível nem com a intuição intelectual. ...**e o preâmbulo, está contido na Constituição? Ou, melhor, é Direito, é Constituição o preâmbulo da Constituição? Agora eu já posso dizer: sim, eu não tenho a menor dúvida, porque são enunciados que fixam valores que depois vão se compor com outros enunciados para a formação de normas.** " ps. 43 a 56, 'in' Revista de Direito Tributário-69.

> ***"O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.***
> ***Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático.***
> ....
> ***Mas do mesmo passo não se há de conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional. Fazer isto seria cair no extremo oposto, chegando-se por essa via ao sacrifício da norma. Esta – deve ficar bem assinalado – não é apenas o receptáculo formal onde cabem todas as variações de conteúdo ou substância da vontade que nela vem expressa, porquanto, se assim fora, incorreríamos no grave risco de anular as vantagens estabilizadoras contidas no formalismo da rigidez constitucional. A Constituição seria rígida na forma mas flexível no conteúdo. Teríamos assim, através de caminho inverso, por obra unicamente de intérpretes, reintroduzido no ordenamento constitucional a incerteza e a insegurança sobre o direito básico, justamente os elementos que a rigidez tivera a precisa virtude de remover. A confusão do Direito com a Política nos termos daquela interpretação conduziria provavelmente a semelhante resultado, afrouxando assim os laços que vinculam a Constituição ao Direito para assentá-la sobre a plataforma falsa e oscilante do arbítrio e da instabilidade."***[52]

Qual a solução a ser adotada, uma vez que ambos os aspectos, o jurídico e o político são importantes? A conclusão é a de que se deve buscar sempre um equilíbrio entre ambas as formas de interpretação, até porque vivemos num Estado que é ao mesmo tempo liberal e social;; equilíbrio este que pode ser alcançado através da aplicação do princípio da proporcionalidade.[53]

---

[52] Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, ps. 420/422.

[53] Na lição de Paulo Bonavides, ob. cit. "este princípio contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material" (p. 362), ... e "uma das aplicações mais proveitosas nele contidas potencialmente é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado "(ps. 386-7). ... "Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do

É dentro deste enfoque que se analisará, no item seguinte, o alcance do princípio do acesso à Justiça, consagrado no art. 5°, XXXV, da nossa Carta Magna e o seu aparente conflito com o princípio da autonomia da vontade.

---

constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotada da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas. No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional." Este princípio decorre, dentre outros, do princípio do devido processo legal substantivo, consagrado no art. 5°, LIV, da Constituição Federal, eis que este dispositivo constitucional não se limita a impor a observância do devido processo legal apenas no aspecto procedimental.

XII – Acesso à Justiça – formal ou material?

O art. 5°, XXXV, da Constituição Federal de 1988 diz: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."*

Está aí consagrado o princípio do acesso à Justiça, ou seja, todos aqueles que se sentirem lesionados ou ameaçados em seu direito podem recorrer ao Judiciário, e este Poder estatal irá dar a solução adequada ao caso, ou, pelo menos, deveria dá-la.

Quando o Estado retirou do particular o poder de fazer justiça com as próprias mãos, tipificando no art. 345 do Código Penal o crime de **"exercício arbitrário das próprias razões"**[54] e instituiu o monopólio da jurisdição, assumiu, concomitantemente, o dever de realizar a tarefa de dar solução aos litígios de maneira eficiente.

É absurdo admitir-se que possa o Estado proibir a justiça privada mas não praticar a justiça pública; isto seria exigir que as pessoas pura e simplesmente renunciassem seus direitos.

Não se pode restringir o alcance do acesso à Justiça a mera possibilidade de alguém recorrer ao Judiciário através dos órgãos competentes, porque as pessoas podem fazer isto e não receberem qualquer resposta, ou receberem uma resposta ineficaz, o que significa o mesmo.[55]

Ter acesso à Justiça é receber dos órgãos jurisdicionais aquilo que estes reconhecerem que é de direito; e receber não apenas simbolicamente, através de uma declaração formal, mas receber efetivamente, não só em palavras.

É neste sentido a lição de Marinoni: *"O direito à Justiça, albergado no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também quer*

---

[54] O art. 345 do Código Penal diz: "Fazer Justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, ...".

[55] Os poderes do Poder Judiciário não raramente se circunscrevem a dizer o direito, impotentes que estão para fazer cumprir suas determinações. Presenciamos, a todo instante, a importância do comando jurídico expedido pela magistratura (...). Edson Prata, 'in' Edson Prata *'As Astreintes no Direito Brasileiro'*, p. 142. citado por Májeda Denise Mohsd Popp *'A ação cominatória como meio para a efetividade do Direito'*, p. 22..

significar que todos têm direito à tutela jurisdicional ***efetiva, adequada e tempestiva.***"[56]

É este acesso, o efetivo, que não está sendo realizado em muitos casos, dada a ausência de eficácia das decisões judiciais frente ao seu descumprimento por parte do devedor.

Esta falha do sistema compromete a respeitabilidade e legitimidade social da função jurisdicional e agride o comando constitucional inserido no art. 5°, XXXV, bem como o derivado do 'caput' do art. 37 que consagra o dever público da eficiência.

Não se pode interpretar nosso sistema jurídico no sentido que leve a uma conclusão inconstitucional, ou seja, de que o princípio do acesso à Justiça possa ficar somente na promessa, ou que se possa aceitar uma jurisdição ineficiente.

Se o Estado não cumprir sua promessa estará revogando o art. 345 do Código Penal, antes citado, pois não pode exigir que as pessoas, passivamente, consintam em ser lesionados sem qualquer reação.

Sobre este aspecto vale recordar a lição de Pontes de Miranda sobre a **'inelidibilidade da justiça de mão própria'**[57], quando ensina que:

> *"A justiça de mão própria só existe onde o juízo deveria ter sido criado, e não no foi, ou onde o juízo deveria funcionar, e não pode, ou não quer. De qualquer modo, o titular do direito, que teria de exercer a pretensão à tutela jurídica estatal e utilizar o processo,* ***exerce a auto-tutela.*** *(...) Se a justiça estatal* ***falta,*** *o direito objetivo só se pode realizar pelo atendimento do devedor, pelo obrigado, pelo sujeito passivo da ação ou da exceção,* ***ou pelo titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, portanto, aqui, pela justiça privada."***

E acrescenta que ela, a justiça de mão própria, que não pode ser confundida com a vingança, não pode ser eliminada, de todo da vida, pois:

> ***"onde a imperfeição ou ineficiência do Estado se manifesta pode ela aparecer";*** *... Se concorrem os três pressupostos da 'falta', no momento da justiça estatal, da possível 'perda ou grande dificultação' da realização do direito e da justiça do 'petitum' a si mesmo,* ***não é contrária a direito e, pois não é ilícita a justiça de mão própria.".***

Deste ensinamento forçoso é se concluir que a tutela jurisdicional necessita ser eficiente para evitar que se torne legítima a utilização da justiça de mão própria.

---

[56] Marinoni, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 211.

[57] Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado, tomo II*, pp. 320/1.

Nas palavras de CANOTILHO:

"(...) a protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz (...) Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão de legalidade democrática ('dimensão objectiva'), mas também um direito subjectivo público do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indemnização), **medidas compulsórias (...) no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais." (p. 668.)**

Enfim, como escreve Cândido Rangel Dinamarco:

"Acesso à justiça é, na sugestiva locução proposta por Kazuo Watabane, *acesso à ordem jurídica justa.* Sentenças, decisões, comandos e remédios ditos *heróicos* concedidos por juízes e tribunais não passariam de puras *balelas*, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida. O pensador moderno não encara mais o processo, como dantes, pelo aspecto interno representado pelos atos e relações em que se envolvem os seus protagonistas, senão *pelo ângulo externo* a partir do qual seja possível **sentir** a **sua utilidade**. Daí falar Mauro Cappelletti na indispensabilidade de analisar o sistema processual a partir da *ótica do consumidor dos serviços judiciários* e não mais pensando exclusivamente nos seus operadores.
Eis a preocupação pela *efetividade do processo*, que vem sendo objeto de escritos, de congressos internacionais e, numa palavra, de autêntica *cruzada* – que, em substância, é uma *cruzada* pela efetiva preservação dos direitos do homem em via judicial. Postulam-se medidas capazes de conduzir, tanto quanto possível, à consecução dos escopos a que teleologicamente está preordenado o sistema.
A síntese desse pensamento está em famosíssima recomendação de GIUSEPPE CHIOVENDA, no sentido de que o processo deve *'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.'"*[58]

No entanto o Estado falha; falha na demora da prestação jurisdicional; falha pela falta de estrutura dos órgãos judiciais, pela

[58] Dinamarco, Cândido Rangel. *Execução de liminar em mandado de segurança – desobediência – meios de efetivação da liminar.* In: Revista de Direito Administrativo, vol. 200, p. 311.

ausência de defensorias públicas, pelo custo elevado das despesas judiciais, e também quando, como diz Dinamarco, *"não obstante haja julgado muito bem, não confere efetividade prática a seus julgados. ...quem veio a juízo lamentar a lesão sofrida continua a amargar a lesão e, na prática, é* ***como se não tivesse vindo a juízo.*** *A tutela jurisdicional é objeto de solene promessa do constituinte (Const., art. 5º, inc. XXXV) e,* ***negando-se a ministrá-la de forma efetiva, o Estado de direito se descaracteriza como tal.***"[59]

[59] Idem. p. 312.

XIII - A necessidade de harmonização dos direitos fundamentais que possam se encontrar em aparente conflito, diante do princípio de que a Constituição deve ser interpretada como um todo e não em tiras.

A Constituição é um sistema jurídico-político e como tal, quando interpretada, o deve ser de forma que sempre se busque encontrar nela uma unidade harmônica e coerente. Não deve ser interpretada em partes, ou em tiras.

Muitas vezes nos deparamos com preceitos ou princípios constitucionais, - incluindo aí até mesmo os direitos fundamentais, - que aparentam estar em conflito. Todavia, diante da unidade constitucional, este conflito há de ser apenas aparente. O papel do intérprete é fazer com que estes princípios ou preceitos se conciliem de tal forma que um não anule o outro; evidentemente, para que haja esta conciliação, é necessário relativizá-los.

É só relativizando os preceitos e princípios que se conseguirá ver na Constituição uma unidade; é só conjugando-os que o conflito deixará de existir.

Não se pode esquecer de que não só os direitos individuais ou sociais estão garantidos constitucionalmente, as instituição também estão; não só por elas, mas pelo que representam na sociedade. Dentre as instituições podemos lembrar a maternidade, a família, a autonomia universitária, a liberdade de imprensa e também a administração da Justiça, que é a que, no caso, nos interessa diretamente. Também conflitos aparentes existem entre direitos individuais e instituições, os quais, de igual forma devem ser superados através da conciliação.

A instituição que administra a Justiça, ou seja, o Poder Judiciário, como Poder de Estado que é, se constitui num dos pilares do Estado de Direito, e por isso tem uma função social que ultrapassa em muito o interesse individual, pois incorpora os interesses de toda a sociedade no sentido de solucionar os conflitos individuais, sociais, coletivos, difusos etc., de maneira pacífica, mas efetiva.

Há um aparente conflito entre a autonomia da vontade dos indivíduos – a liberdade - e a necessidade – de ordem coletiva - de se dar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional. Qual deve prevalecer?

A resposta é: nenhum, pois ambos – princípio individual - e - interesse político-social - devem se harmonizar para que se sejam respeitados os dois valores – respeito à liberdade individual e respeito à necessidade de proteção efetiva dos direito dos outros, principalmente quando estes foram reconhecidos judicialmente -. O fato de a pessoa ser livre não pode lhe dar o direito de escolher entre cumprir ou não suas obrigações quando deste cumprimento depende o fruir dos direitos de terceiros. A expressão liberdade não pode ser lida como sinônimo de irresponsabilidade; o direito à liberdade não se confunde com o abuso do direito à liberdade.

Luís Eulálio de Bueno Vidigal, citado por Dinamarco, diz: *"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"***.[60]

[60] Idem. p. 313.

XIV – A origem da desconfiança em relação aos juízes e o novo perfil da magistratura. O juiz como a boca da lei ou como o braço da lei?

O receio de se admitir que o juiz do sistema continental europeu, que é de onde o nosso se origina, possa interpretar a lei com maior criatividade e voltado não apenas para a sua letra, mas para sua finalidade tem raízes em desconfianças históricas, tanto em nível nacional como internacional.

No âmbito nacional é de ser lembrado que nossa magistratura brotou do seio da magistratura portuguesa, formalista e burocrática que se constituía na 'espinha dorsal' de um regime político absolutista e conservador; desenvolveu-se num ambiente cultural retrógrado e obscuro, na contra mão das idéias liberais da época; era aliada à Coroa, cujos interesses procurava atender, agindo, de conseqüência, de costas para os interesses da população; esta magistratura teve participação ativa na consolidação da nossa Independência, porém este movimento libertador não representou o fim dos privilégios da oligarquia, mas tão-somente a nacionalização dos mesmos; teve intensa participação político-administrativa, o que dificultava o exercício de sua função de controlar judicialmente as arbitrariedades dos governantes; foi ainda fruto de uma sociedade escravista, latifundiária, extrativista, que se envergonhava do trabalho técnico-produtivo; capitalista sem capital; e de um liberalismo deturpado e ambíguo.

Já em nível internacional a desconfiança decorria diretamente da venalidade.[61]

Ensina Mortara *"que o período que vai até os últimos anos do século XVIII, 'tanto em França como em outros países da Europa, foi infestado pela venalidade dos ofícios judiciais e pelo comércio ilícito da justiça civil; daí o multiplicarem-se os graus de jurisdição, e, consequentemente, os recursos, em detrimento dos direitos que a Justiça*

---

[61] Há de se fazer uma ressalva em relação ao povo norte-americano, porque ali a magistratura era prestigiada e merecia a confiança da sociedade, a ponto de constar da *Declaração do Bom Povo de Virgínia*, datada de 12 de janeiro de 1776, que *"todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva,* ***e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis."*** 'In' José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 137.*

devia proteger'. Temos aí a origem mais próxima da multiplicação dos recursos: a venalidade dos Juízes."[62]

Rogéria Fagundes Dotti, escrevendo sobre *"a crise do processo de execução"*, lembra que uma das razões principais para o caráter predominantemente declaratório das nossas decisões judiciais decorre do receio, espalhado pela França à maioria dos sistemas jurídicos, em se atribuir um poder excessivo aos Magistrados, receio este que teve seu início no *Ancien Régime*, quando juízes corruptos ditavam sentenças ao sabor das conveniências políticas da época. *"O povo francês, em especial a burguesia, buscou soluções a impedir a perpetuação do fenômeno, soluções estas que culminaram com a Revolução francesa e a aplicação da teoria da separação dos poderes. Em sendo o juiz apenas a 'boca a pronunciar a voz da lei', nas palavras claras de Montesquieu, não haveria riscos para a segurança da burguesia e a manutenção de um sistema de garantias através da lei escrita. Nasce daí a função meramente declaratória do processo moderno, explicada pela ideologia da separação de poderes. Enquanto competia exclusivamente ao Legislativo a criação das leis, ao Judiciário impunha-se sua estrita e literal observância."*[63]

No entanto, se durante a Colônia e o Império a magistratura nacional tinha uma independência relativa e até mesmo duvidosa, recebeu, da Constituição Republicana de 1891, os poderes que lhe possibilitaram uma completa reformulação de sua maneira de ser e agir, fazendo surgir uma nova magistratura, pois, conforme afirmação de Lopes da Costa, a adoção do regime republicano veio introduzir profundas modificações, calcadas no Direito Constitucional norte-americano, e dentre elas a atribuição ao Judiciário do controle da constitucionalidade das leis, controle este que anteriormente era confiado ao Legislativo.[64]

A Constituição Republicana de 1891 se constituiu num divisor de águas para a magistratura; numa revolução em termos de soberania; numa passagem da subordinação à independência, tanto que nos comentários à então novel Carta Magna, assim a ela se referiu João Barbalho, citando o preâmbulo do Dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890:[65] (grafia original)

> "A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou méro interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica.

---

[62] Bonumá, João. *Direito Processual Civil, p. 12.*
[63] Dotti, Rogéria Fagundes. *A crise do processo de execução.*
[64] Manual elementar de direito processual civil, ps. 270/1.
[65] Constituição Federal Brasileira – Comentários por João Barbalho U. C., p. 222.

> O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.
> É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo.
> A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglez, foi oppôr um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na epoca actual é oppôr um limite ao poder ilimitado dos parlamentos.
> Essa missão historica incumbe sem duvida, ao poder judiciário,
> ....
> Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituído no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. *De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpôr a benefica influencia do seu criterio decisivo, afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão...*"

Já da Constituição de 1988 recebeu o Poder Judiciário uma missão muito mais ampla, pois agora lhe cabe não só garantir direitos individuais, mas também os sociais e das massas e ainda contribuir para a construção de um novo Estado, mais justo e solidário.

Hoje o Poder Judiciário é, sem dúvida, o mais confiável dos poderes da República, inexistindo qualquer motivo para que se continue a restringir-lhe a atuação.

O Judiciário há muito deixou a subserviência a este ou àquele Poder; sua independência é uma realidade; hoje deve obediência à lei apenas se ela for constitucional, e é ele próprio quem faz este controle na condição de guardião maior do Texto Magno, função que lhe atribui o poder/dever de coibir qualquer arbitrariedade dos demais Poderes, ou de quem quer que seja, inclusive de seus próprios membros, bem como de atuar aperfeiçoando e até mesmo criando o Direito, pois não mais se limita a aplicar a lei tal qual elaborada pelo legislador, pois lhe cabe reelaborá-la para torná-la mais justa e adequada, como se verá no item que trata do intérprete como o criador da norma.

Deixa – apesar de inexplicável timidez ainda existente - de se comportar como um Poder meramente burocrático, como até então vinha

se comportando[66], para ocupar seu verdadeiro lugar de Poder político, ativo, dinâmico, corajoso, responsável e criativo; deixa de ser 'a boca da lei' para se transformar no 'braço da lei' até porque lhe cabe não só aplicar o princípio do devido processo legal procedimental, que garante o contraditório, a ampla defesa, o juízo natural etc., mas também e principalmente o devido processo legal substantivo, que o transforma um fiscal da razoabilidade do conteúdo da lei.[67]

---

[66] A respeito escreve Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil,* volume II, ps. 248-249: Nossos juízes diferem grandemente dos magistrados da chamada *commom law*, (observação minha: esta diferente está diminuindo dia a dia) justamente porque os juízes do sistema do direito continental europeu assemelham-se mais a funcionário públicos do que a verdadeiros representantes do poder estatal. Estas palavras escritas por um eminente jurista americano auxiliam-nos a compreender esta fundamental distinção. Em seu excelente estudo sobre a tradição jurídica romano-canônica, escreve JOHN H. MERRYMAN: *'La descripción apropriada del juez es la de um operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es mecánica. Los grandes nombres del derecho civil no son los jueces (quién conece el nombre de un juez civilista?), sino de los legisladores (Justiniano, Napoleón) y jurisperitos (Gayo, Irneio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Von Savigny y otros muchos juristas europeus y latinoamericanos de los siglos XIX y XX). El juez de un sistema de derecho civil no es un héroe de la cultura o una imagen paternal como sucede con frecuencia entre nosotros. Su imagen es la de un servidor público que desempeña funciones importantes, pero falta le creatividad."* (**La tradición jurídica romano-canónica**, tradução mexicana, 1979, pág. 70). É fácil, assim, compreender não apenas a estrutura burocrática a que foi submetida a organização do Poder Judiciário, à semelhança das demais funções e atividades da administração pública, mas – o que é decisivo para a compreensão dessa radical diferença cultural entre os dois sistemas – a condição de servidor público em que tais pressupostos doutrinários tentam contingenciar a função judiciária, **na suposição de que a jurisdição se resuma a uma monótona e estereotipada aplicação mecânica da lei, na qual um legislador sábio e previdente previra todos os litígios futuros e lhes dera antecipadamente a solução adequada.** Como diz MERRYMAN, **o juiz do sistema europeu continental, e da América Latina, é tratado como um mero aplicador da lei, sem qualquer poder criativo. Esta suposição, como se sabe, não passa de uma fantasia ingênua, pois ninguém ignora, nos dias atuais, o poder criador da jurisprudência, que é imanente ao fenômeno jurídico, como uma contingência lógica da natureza hermenêutica da ciência do Direito.**

[67] O art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ao dispor que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"* consagra não só o 'devido processo legal' procedimental mas também o 'substantivo'. Sobre este escreve Paulo Fernando Silveira *'Devido Processo Legal – Due Process of Law'*, Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p. 119: "A cláusula do devido processo legal, não obstante tenha se originado, há quase oito séculos nos reinados de Henrique I e Henrique II, tendo sido positivada na Magna Carta de 1215, depois transportada para a Constituição americana de 1787, através da Emenda n. 5 (1791), estendida às legislações estaduais pela Emenda n. 14 (1868), sempre foi aplicada em seu aspecto procedimental, até o ano de 1856, quando um tribunal de New York (*N.Y. v. Wynehamer)* invalidou uma lei estadual, que proibia o uso de bebida alcoólica, **analisando apenas sua substância (conteúdo).**" Ainda sobre a distinção entre estes dois tipos de 'devido processo legal' escrevem Jon Mills e Timothy Mclendon 'in' *Programa de Treinamento na Área de Direito Ambiental para Juízes, Promotores e Advogados: Um Modelo para o Brasil,* ps. 36 e 37: "**Devido Processo Legal.** O objetivo da cláusula do devido processo legal da Quinta e Décima-Quarta Emendas também assegura a justiça na criação e aplicação das leis em geral. Uma elaborada jurisprudência tem surgido para definir e esclarecer o conceito do 'devido processo legal'. Tal expressão inclui o devido processo legal substantivo e procedimental. **Devido Processo Legal Substantivo.** O devido processo legal substantivo diz respeito ao conteúdo da lei ou regulamento criado sob a autoridade do poder de polícia. Os Tribunais têm tradicionalmente dado grande deferência às determinações legislativas a não ser em casos em que direitos constitucionais fundamentais estejam envolvidos. O devido processo legal substantivo proíbe o confisco da propriedade privada para uso ou benefício público sob o disfarce de leis. e, do mesmo modo, **proíbe legislação capciosa ou arbitrária.** *('O devido processo legal substantivo protege o*

O Poder Legislativo já teve seus dias de glória; o legislador foi considerado um homem extraordinário no Estado, era o "mecânico que inventava a máquina social" para que os homens, observando-a, pudessem viver bem[68]; hoje é visto de maneira muito diferente, tanto que Mauro Cappelleti chegou a afirmar, quando discorria sobre o *welfare state* [69], que se constata um:

> "crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências. (...) os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraprodutivas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo. ... o declínio da confiança nos parlamentos constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países; em certa medida, porém, constitui elemento característico de todo o mundo ocidental."

---

direito genérico de um indivíduo de estar livre do ***abuso do poder governamental*** *" caso "Rymer x. Douglas County, 764 F. 2d 796, 802 – 11th Cir. 1985.)* No campo do direito do uso do solo, o devido processo exige que cada ato de entidade governamental seja um uso apropriado do poder de polícia, servindo a um legítimo interesse governamental. (Vide casos 'Maher v. City of New Orleans', 516 F. 2d 1051, 1059 (5th Cir. 1975; State ex rel. 'Furman v. Searcy', 225 So. 2d 430, 433 (Fla..1968) (***devido processo substantivo, distinto de direitos procedimentais, significa que o estado ou município não pode retirar a vida, liberdade ou propriedade de alguém através de um ato que não tenha qualquer relação razoável com um objetivo governamental apropriado.).*** **Devido Processo Procedimental.** O devido processo procedimental garante que toda vez que o governo, tanto federal quanto estadual ou local, utiliza seu poder para retirar a vida ou o direito à liberdade ou propriedade de alguém, as devidas garantias procedimentais serão adotadas. De modo geral, em casos de lei ambiental ou uso do solo, o devido processo procedimental exige que o proprietário afetado pela ação governamental receba notificação prévia e a oportunidade para ser ouvido. Tal notificação deve ser adequada e oportuna, e a oportunidade para ser ouvida deve ser 'em um tempo e maneira significativos'. O proprietário afetado deve ter o direito de ser assistido por um advogado e devem existir mecanismos para a revisão do ato em tribunais estaduais. Quanto mais severa for a possibilidade de desapropriação da propriedade pelo governo, mais formais e estritos devem ser os procedimentos devidos garantidos ao indivíduos. Se a entidade governamental obedece essas exigências procedimentais, seus atos normalmente serão sustentados contra argumentos acerca do devido processo procedimental.

[68] Ver a respeito *O Contrato Social*, de J. J. Rousseau, ps. 47 e seguintes.

[69] Cappelletti, Mauro. *Juízes legisladores?*, ps. 44 e seguintes.

Os ataques ao desvirtuamento das funções sociais da lei tornam-se cada dia mais radicais[70], requerendo do intérprete um esforço dia a dia maior para aproximar o Estado de Direito do Estado de Justiça.

[70] No artigo de Mário Antônio Lobato de Paiva, *Direito do trabalho mínimo,* In: Boletim Informativo Juruá, ano 8 - 252, ps. 9 e 10, se lê: "Utilizando dos ensinamentos do Des. José Liberato da Costa Póvoa, podemos dizer que a lei não foi feita para beneficiar o povão ou trabalhador e guardar um equilíbrio social, pois não obstante seja ela aprovada por representantes do povo, é, na verdade, criada por uma elite que não está preocupada com seus representados, mas apenas com a manutenção dos privilégios da própria elite, pouco lhe importando a quantas anda o povo; ainda assim, as leis são fruto da vontade dos detentores do poder, criadas em função de seus próprios interesses. Desde Salomão, passando por Dracon e outros, o fardo da lei sempre foi mais pesado para os pobres e para os escravos. MARX já dizia que "O Direito é a vontade, feita lei, da classe dominantes, através de seus próprios postulados ideológicos". Lá na antigüidade, Trasímaco dizia que 'a Justiça, base do Estado e das ações do cidadão, consiste simplesmente no interesse do mais forte'. Sempre foi assim, e continuará sendo, qualquer que seja o regime, até mesmo aqueles em que os operários chegaram ao poder pois, uma vez alojados comodamente no topo da pirâmide, tratam logo de criar leis, não para a defesa das idéias que os levaram ao mundo, mas apenas para manterem-se e, se possível, perpetuarem-se no poder. Citando HOBBES, 'não é a sabedoria que faz a lei, mas a autoridade', e se porventura são os sábios que a elaboram, é certo de que estão a serviço dos que dominam."

XV – O processo civil de resultado e a tutela específica.

O processo civil contemporâneo há de ser visto como um processo civil de resultados[71], por isso não se concebe mais olhar o Poder Judiciário apenas como um operador da máquina legal criada pelo Poder Legislativo. O Poder Judiciário deixa de ter uma posição neutra, passiva, acanhada, para assumir seu poder de império.

Esta mudança mostra-se particularmente nítida quando se estuda a evolução da **teoria da ação mandamental,** ação esta que *"tem por fim obter, com eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que* ***o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado,*** *ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. 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 sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz* ***ordena*** *e não simplesmente* ***condena.***"[72]

A execução da sentença proferida na ação mandamental se faz de plano, dispensando-se o processo de execução. Ex. sentenças proferidas em ações possessórias, mandados de segurança etc...

A tendência da ciência processual civil, neste aspecto, é a de se atribuir cada vez mais às ações judiciais a característica mandamental, é o que vem ocorrendo através da implantação, em nosso sistema, das tutelas de urgência, como v.g., a tutela antecipada em ações que têm por objeto obrigação de fazer ou de não fazer.[73]

---

[71] A tutela jurisdicional efetiva não está nas sentenças mas nos resultados práticos que elas venham efetivamente a produzir na vida das pessoas. (Cândido Rangel Dinamarco, *Execução de liminar em mandado de segurança*, p. 315.)

[72] Silva, Ovidio A. Baptista da. *Curso de processo civil, vol II,* p. 247.

[73] Essa tentativa de transformação das sentenças condenatórias em mandamentais tem sugerido a autores italianos a utilização não apenas dos meios e instrumentos executórios empregados pelo direito anglo-americano, para assegurar a execução *in natura* das sentenças emandadas da justiça do trabalho, mas até mesmo a figura das injunções e do **Contempt of Court**, como noticia SILVESTRI ("Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare", *in* **Rev. dir. processuale**, 1981, págs. 46 e sgts.), conforme Ovídio A. Baptista da Silva, ob. cit. p. 257.

A regra de que o descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer dever ser resolvida através de perdas e danos está sendo substituída pela obrigatoriedade de cumprimento da obrigação específica.[74]

Esta substituição que entre nós está atualmente delineada no art. 461 do Código de Processo Civil, é fruto, de uma longa evolução, tanto do trabalho da doutrina como e principalmente, da construção pretoriana, ou seja, do papel do juiz como criador, transformador e aperfeiçoador do Direito. Esta evolução ocorreu tanto no sistema continental europeu como no *common law*.

Do sistema continental europeu temos como exemplo a criação do instituto da *'astreinte'* - 'meio de coerção ao *facere*, favorecedor e potenciador da prioridade da obrigação do exacto cumprimento sobre a indemnização -, num sistema, como o francês, em que se prima por assegurar o respeito pela liberdade e dignidade humanas, proscrevendo o uso da violência e opressão sobre a pessoa do devedor'.[75]

No sistema *common law*, onde o descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer também se transformava em perdas e danos, a evolução se deu através do desenvolvimento da aplicação do princípio da equidade, e isto a partir do século XIV, mas que só veio a se consolidar com o *Judicate Act* de 1873.[76]

Sobre esta evolução escreve João Calvão da Silva[77]:

> "No domínio dos contratos, como a reparação dos danos era a única sanção acordada pela 'common law' em caso de não-cumprimento, a 'equity' julgou este remédio insuficiente e concedeu ao credor, sempre que o julgou inadequado, o direito de exigir a execução específica, através dos remédios 'specific performance' e 'injunction' – 'specific performance' para as prestações positivas e 'injunction' para as prestações negativas -, **cuja desobediência se considerava 'desprezo pelo tribunal' ('contempt of Court') e, assim, sujeita a multa e prisão até que a ordem do tribunal** ('decree for specific performance' ou 'for injunction') **fosse obedecida."**

Com esta evolução as conseqüências da inexecução das obrigações de fazer ou não fazer tomam um novo rumo; a proteção excessiva dada ao devedor é mitigada e o credor passa a ter direito à prestação específica e não mais à mera reparação dos danos; *'reconhece-se*

---

[74] Diz do art. 1.056 do nosso Código Civil: "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por **perdas e danos.**". No mesmo sentido o legislador francês: "toda a obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e danos, em caso de inexecução da parte do devedor" – art. 1142º (Conforme João Calvão da Silva, ob. cit. p. 185).

[75] Silva, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 186.

[76] Silva, João Calvão da. Ob. cit. p. 193.

[77] Ob. cit. p. 193.

– como diz João Calvão da Silva -[78] *que o credor tem o direito à execução específica ... e que o devedor não tem o direito de escolher entre cumprir a obrigação ou reparar os danos.*

E esta evolução jurisprudencial não pode parar; o jurista não pode mais ficar á espera da boa vontade do legislador; tem que abrir o caminho para que o processo civil deixe de ser um processo declaratório para se transformar num processo de resultados.

Não se pode negar que algumas vezes o legislador, com o auxílio dos juristas, age tempestivamente, dispensando a criação pretoriana; prova disto é a nova redação ao art. 621 do CPC, proposta no anteprojeto de lei n. 13, apresentado pela Comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, visando ao prosseguimento da reforma processual.

A redação atual do referido dispositivo é: *"O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo, será citado para, dentro de dez dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos."*

A nova redação proposta é a seguinte:

> *"O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante do título executivo* ***extrajudicial****, será citado para, dentro de dez (10) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.*
> *Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial,* ***poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação****, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo."*

[78] Ob. cit. p. 195.

XVI - O tema da efetividade das decisões judiciais nas Ordenações Filipinas.

A questão da efetividade da decisão judicial já era enfrentada nas Ordenações Filipinas, por esse motivo não podemos dizer que não temos tradição a respeito. O problema é que com a proclamação da República procurou-se obscurecer tudo o que existia na época do Império, esquecendo-se de que havia ali muito de bom, de experiência sadia, honesta e culturalmente importante.[79]

Temos muito o que aprender com o Direito de nossos antepassados, apesar das ressalvas que possam ser feitas em relação à falta de independência da magistratura de então. Nas Ordenações Filipinas encontramos as raízes históricas de muitos dos nossos institutos jurídicos.

No volume 3°, item 5 das mencionadas Ordenações, lê-se:

> **"Se algum se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas do outro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois dela êle receber ofensa daquele, de que foi seguro, restitui-lo-á o Juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, *e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por Direito*."[80]**

---

[79] O instituto da conciliação, por exemplo, já era previsto na Constituição do Império, de 25 de março de 1824, onde se lia no art. 161, como adiante se lerá. Outro exemplo é o relativo ao princípio da oralidade, pois segundo Moacyr Lobo da Costa, o marco inicial da nacionalização do processo civil está na "Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil" que, com 27 artigos, veio anexa ao Código de Processo Criminal do Império, promulgado em 29 de novembro de 1832. Foi este o primeiro texto legal brasileiro a dispor sobre processo civil e o fez de modo singular, antecipando-se no tempo e consagrando, já àquela época, os traços fundamentais da oralidade, traduzidos na concentração, imediatidade do Juiz com as provas, irrecorribilidade em separado das interlocutórias, temas que só quase um século depois vão chamar a atenção dos juristas europeus. (In: *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970, ps. 5 e 10, citado por Aroldo Gonçalves Pinto. *Da denunciação da lide*, ps. 103/104.

[80] Ordenações Filipinas – Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Felipe, o Primeiro, p. 287.

Marcelo Caetano, discorrendo sobre *"as origens luso-brasileiras do mandado de segurança"*, leciona:

> *"É no Livro 5° das Ordenações Filipinas, no Título 128 (correspondente ao Tit. 50 do mesmo livro das Manuelinas), que se encontram reguladas as Seguranças Reais.*
> 'Segurança real (diz o texto) geralmente se chama a que pede às Justiças a pessoa que se teme de outra por alguma razão.'
> Portanto, esta forma de segurança, dada por ordem dos juízes em nome do Rei, consistia em prevenir ou evitar uma ameaça aos direitos de alguém a pedido do ameaçado.
> Como se concedia a segurança?
> Vejamos o que reza o título citado das Ordenações:
> '... se a Justiça da terra, a quem for pedida, for informada que a pessoa que pede esta segurança tem razão justa de se temer, mandará vir perante si aquele de que pede segurança, ou irá a ele, ou mandará lá o Alcaide, segundo a qualidade da pessoa for, e requerer-lhe-á da nossa parte que segure aquele que dele pede segurança; e se o segurar, mandar-lhe-á dar disso um instrumento público ou carta testemunhável, segundo for o julgador.'
> Embora o texto se me afigure claro, não se perde em tentar determinar-lhe melhor o sentido.
> Fica-se sabendo, pois, que o ameaçado dirigia-se ao juiz com jurisdição local e expunha-lhe as razões do seu temor. Se o juiz considerasse justificadas essas razões citava o ameaçador, variando os modos da citação com a categoria social da pessoa citada. E requeria, em nome d'El-Rei, ao citado, que segurasse o ameaçado, isto é, que desse ao ameaçado a garantia de que não lhe faria mal. Se o ameaçador consentisse em dar tal garantia, o juiz entregava ao ameaçado uma carta ou documento oficial, de que constasse a segurança.
> **Mas a Ordenação prevê a seguir a hipótese de o ameaçador se recusar a dar a segurança pedida. Em tal caso, determina a lei, 'o Julgador o segurará (ao ameaçado) de nossa parte, de dito e feito e conselho, e além disso castigará, o que por seu mandado não quiser dar a dita segurança pelo desprezo que lhe assim fez, e a pena será segundo a qualidade da pessoa, e a razão que tiver e disser porque não fez seu mandado'."**[81]

Anote-se que o requerido era castigado quando não cumpria a determinação judicial; inclusive com prisão.[82]

---

[81] Caetano, Marcelo. *As origens luso-brasileiras do mandado de segurança.* Revista Forense, vol. 252, ano 71, ps. 27-33.

[82] Caso fosse plebeu. Marcelo Caetano, art. cit. p. 30. Ocorre que hoje, no Brasil, todos somos plebeus.

Este texto, conforme diz Ovídio A. Baptista da Silva[83], *"continha, em germe, os elementos formadores das modernas ações mandamentais e revelava a fonte romana do instituto do 'Contempt of Court' recebido pelo direito anglo-americano da mesma vertente, mas que nós não preservamos, por influência do direito francês."*

Não são poucas as vezes em que, como já se disse, no passado encontramos a base para a reconstrução do presente e os elementos para a preparação do futuro.

Exemplo disto é a ressurreição, entre nós, depois de um longo abandono pelo ordenamento jurídico republicano, do instituto da *conciliação*[84]. A Constituição Federal de 1988 elevou a nível constitucional este instituto ao consagrá-lo no art. 98, se referindo aos juizados especiais e à justiça de paz. Hoje os Juizados Especiais Cíveis e Criminais estão regulados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e têm prestado relevantes serviços à sociedade, constituindo-se num modelo para o aperfeiçoamento do nosso processo e também como exemplo a ser seguido por outros países que cada vez mais se interessam por esta notável experiência brasileira. Todavia a *conciliação* já fora consagrada, *e como obrigatória*, na Constituição imperial, de 25 de março de 1824, até ser abandonada no início da República.

A respeito escreveu José Barbosa Moreira em comunicação ao XVI Congresso Nacional Argentino de Direito Processual:

> *"El derecho brasileño adoptó, por largo tiempo, el sistema de la* ***obligatoriedad*** *del intento conciliatorio, como trámite previo de la incoación del proceso. En efecto, la Constitución del Imperio, de 25-3-1824, disponía en el art. 161:* 'Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum'*; y el art. 162 otorgaba competencia para tal fin a los jueces de paz, que serían elegidos por el voto popular. La materia fue reglamentada por una ley de 15-10-1827, cuyo art. 5° rezaba:* 'Compete ao juiz de paz: I – conciliar as partes que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos que estiverem ao seu alcance, mandando lavrar termo do resultado, que assinará com as partes e o escrivão'. *En lo comercial, regeó el Reglamento n° 737, de 25-11-1850, el cual prescribía en el art. 23:* 'Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.'

---

[83] Silva, Ovídio A. Baptista da. Ob. cit. p. 258.

Después de la proclamación de la República, el Decreto nº 359, de 26-4-1890, abolió la obligatoriedad del intento conciliatorio por el juez de paz."[85]

Se o instituto da *conciliação* pôde ser recriado, embora com nova roupagem que se foi buscar no direito norte-americano, com a releitura das leis do Império e com base nelas em muito pode ser aperfeiçoado, não há motivos para se relerem, com preconceitos, as disposições legais daquela época, que garantiam, como se viu, uma prestação jurisdicional bastante efetiva.

O juiz, no Brasil imperial, como já se disse anteriormente, não apenas condenava, mas ordenava e tinha poderes para fazer cumprir a sua ordem, podendo aplicar, inclusive, a pena de prisão.

---

[85] Comunicação publicada nos respectivos anais, v. II, e também na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal, nº 4-90.* In: *Temas de Direito Processual* – Quinta Série, ps. 95/96.

XVII – O tema no direito comparado.

Primeiramente há de se ressaltar a importância do estudo do direito comparado.

Na visão de Luiz Guilherme Marques, *"o direito comparado é talvez a matéria mais importante de todas para o legislador que queira realmente fazer avançar o sistema jurídico de um país."*[86]

"Sem direito comparado, não há verdadeira ciência jurídica." (Zweigert.)

Estudar direito comparado é libertar o direito de visões limitadas, acanhadas e ultrapassadas.

A lei é nacional, mas o direito é internacional, ensina René David.[87]

O estudo do direito comparado, entretanto, não está imune à crítica. Marc Ancel[88] destaca as três principais que foram levantadas:

> *"O direito nacional, diz-se em primeiro lugar, é suficientemente complexo, ele é sobretudo suficientemente difícil de ser conhecido com clareza para que possamos nos complicar com os sistemas estrangeiros; especialmente em nossa época de inflação legislativa, na qual a complexidade do 'corpus iuris' se agrava e, consequentemente, o surgimento de novos ramos do direito demandam a nossa atenção, dentro do nosso próprio sistema.*
> *Ademais, acrescenta-se em seguida, que esta pretensa 'ciência comporativa' é uma tentadora sereia que arrisca nos arrastar à aventura. Que ilusão pretender conhecer e assimilar o direito estrangeiro! Os mais graves erros nos espreitam quanto à sua significação exata, seu valor e mesmo seu conteúdo, donde as importações apressadas e as afirmações descontroladas; o direito comparado surge, assim como uma fonte constante de confusão.*
> *Enfim, o direito de um país faz parte do patrimônio nacional. Ele é, de certa forma, o bem comum dos cidadãos, fruto da tradição,*

---

[86] Marques, Luiz Guilherme. *O processo civil inglês.* 'O Neófito'.
[87] David, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.*
[88] Ancel, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado.*

herança dos ancestrais e modo de expressão – espelho, diz-se freqüentemente – da sociedade onde se aplica. Em vez de aproximá-lo dos outros sistemas, é preciso, ao revés, assegurar-lhe a independência e protegê-lo contra toda a alteração vinda do estrangeiro."

Estas objeções não convencem porque *se o direito nacional é complexo e difícil de ser conhecido com clareza,* o caminho é buscar-se, no direito estrangeiro, a experiência ou os estudos ali desenvolvidos para que se possa simplificar e compreender melhor o nosso.

O surgimento de novos ramos do direito também não é motivo para se desprezar o direito estrangeiro, mas, muito ao contrário, é motivo para consultá-lo cada vez mais, porque os novos ramos do direito são, em sua maior parte, internacionais, como por exemplo o direito ambiental, o direito comunitário etc. As relações comerciais entre os países, com a globalização, se acentuam cada vez mais; por isso as regras jurídicas necessitam adquirir, a cada dia que passa, um caráter cada vez mais internacional. É impossível imaginar-se um 'meio ambiente' que seja apenas nacional; o ar, a água, a flora e a fauna não conhecem fronteiras.

As alegadas *confusões* decorrentes de *importações apressadas* do direito estrangeiro só existem porque o direito comparado não é suficientemente estudado; as confusões surgem não das importações, mas da falta de reflexão a respeito das mesmas.

Finalmente, também não pode ser causa de rejeição do estudo do direito comparado o argumento de que o direito de um país faça parte do patrimônio nacional. É natural que o direito de um país faz parte do patrimônio nacional, porém este patrimônio não surgiu do nada; o legislador sempre se baseou no direito estrangeiro, copiando-o para criar as leis de um país, e conosco nunca foi diferente.

A ciência, assim como o ar e a água, também não conhece fronteiras. É sugestiva a comparação feita por René David a respeito: *qual o médico que recusaria ou repeliria as experiências estrangeiras? E então por que a ciência jurídica deveria se aprisionar nos limites de um só Estado? Limitar-se ao direito de um só país ... é como convidar o biólogo a se restringir a uma única espécie viva.*[89]

René David assim enumera as vantagens do estudo do direito comparado:

"As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e

[89] David. René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.*

estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional."[90]

Para este estudo interessa de maneira especial aquela vantagem que diz que o direito comparado é útil para **conhecer melhor e aperfeiçoar o direito nacional**, isto porque, como já se disse, a maior parte de nossas leis tem origem no direito estrangeiro, seja no direito português, seja no direito alemão, austríaco, italiano etc. O legislador nacional copia muito o direito estrangeiro, porém a maior parte são cópias mal feitas ou cópias de legislação ultrapassada. Ora, se o legislador nacional copia o direito estrangeiro e muitas vezes copia mal, não há como se entender o direito nacional, nem como aperfeiçoá-lo se o intérprete não estudar o direito original e outros semelhantes.

Atualmente o direito torna-se cada vez mais internacional; basta vermos os tratados internacionais que são cada vez mais numerosos e lermos o § 2° do art. 5° da nossa Constituição que diz: *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados,* ***ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."***

Fabiane Bessa escreve que *"o Direito Comparado constitui um instrumento indispensável para um renovado estudo do próprio sistema legal brasileiro, ajudando sua compreensão de forma mais ampla"* e, citando DAVID, continua, *"segundo o autor, o estudo do direito comparado* ***também permite um questionamento mais acurado, e evidencia a pobreza de determinadas construções do direito nacional bem como a obsolescência de outras."***[91]

E por direito comparado não se pode ter apenas o texto legal mas também a jurisprudência e a doutrina, uma vez que o direito está sendo criado cada vez mais através da construção pretoriana. Exemplo disto é o que está acontecendo na União Européia, em que a Corte de Justiça vem produzindo a *'constitucionalização' do Direito Comunitário*[92], e isto envolvendo tanto os países do *common law* quanto os do *civil law*.

Por esta tendência contemporânea, a jurisprudência de um país cada vez mais haverá de influenciar a jurisprudência de outros.

---

[90] David, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo.*

[91] Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. Dissertação citada, p. 27.

[92] Sobre o papel da Corte de Justiça das Comunidades Européias escreveu Marçal Justen Filho *'in' União Européia – a esperança de um mundo novo*, ps. 22 e 24: "Através de sucessivas decisões, a Corte de Justiça produziu uma organização político-jurídica para a Comunidade, que não estava prevista formalmente nos Tratados. ... Ao assentar essas orientações, a Corte de Justiça estabeleceu as bases de um sistema harmônico e unitário, em que os Estados-membros são vinculados ao Direito Comunitário. .... G. Frederico Mancini afirmou que *a Corte tem produzido a 'constitucionalização' do Tratado. ....*"

XVIII - Os objetivos comuns entre o direito processual civil estrangeiro e o nosso, bem como a influência daquele.

Lendo os objetivos do Código de Processo Civil brasileiro e da lei norte-americana que lá a este se assemelha, bem como da regra número um do processo civil de Porto Rico e do Decreto-lei nº 3329-A/95 que serve de exposição de motivos para o Código de Processo Civil português[93], nota-se uma semelhança tal que bem demonstra que os objetivos da ciência processual civil não são apenas nacionais, mas internacionais.

Da exposição de motivos do nosso Código de Processo Civil se lê:

> "... o processo civil é preordenado a **assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessário para alcançar essa finalidade**. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, **o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito.** As duas exigências que concorrem para **aperfeiçoá-lo** são a rapidez e a justiça. **Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas a justiça."**

A lei norte-americana – *Regra número um das Regras Federais do Processo Civil* – diz:

> "Estas regras governam o processo em todas ações judiciais de natureza civil nas comarcas dos Estados Unidos, sejam estas ações patrimoniais, com base na jurisprudência, ou direito marítimo. Estas regras devem ser aplicadas de modo a **garantir a justa, rápida e econômica solução final de todas ações."**[94]

---

[93] Isto só para citar alguns.

[94] Malavet, Pedro. *Módulo II. Processo civil.* Programa de Treinamento na área de Direito Ambiental para Juízes, Promotores e Advogados: Um Modelo para o Brasil, ps. 81 e82.

A Regra número um do Processo Civil de Porto Rico reflete um sentimento semelhante:

> "Estas regras governarão todas as ações de natureza civil diante do Tribunal Geral de Justiça. Tais regras serão implementadas com o **objetivo de garantir uma solução justa, rápida e econômica de todas as ações.**"[95]

O Decreto-lei nº 329-A/95 dispõe que os objetivos do Código de Processo Civil:

> "impõe que se chegue a um quadro normativo que garanta, a par da certeza e da segurança do direito e da afirmação da liberdade e da autonomia da vontade das partes, a celeridade nas respostas, confrontando o direito processual civil com exigências de **eficácia prática por forma a tornar a justiça mais pronta e, nessa medida, mais justa.**"

É perfeitamente identificável o ponto comum entre estes diplomas, qual seja, a de o processo civil servir de instrumento para uma solução efetiva, rápida e justa dos conflitos de interesses levados ao Judiciário. Daí se poder afirmar mais uma vez, e agora especificamente sobre as regras processuais, que a lei pode ser nacional, mas o direito a uma solução efetiva, rápida e justa dos conflitos é internacional.

A influência do direito estrangeiro em nosso Código de Processo Civil é marcante.

Sobre o nosso Código de Processo Civil anterior, Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, e reconhecendo-lhe seus méritos, disse o Ministro da Justiça Alfredo Buzaid na exposição de motivos do Código atual: *"Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos."*

A respeito do método adotado para a elaboração do nosso atual diploma processual civil disse o referido Ministro, na citada exposição de motivos:

> "Na elaboração do projeto tomamos por modelo os momumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem desapreço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma

---

[95] Idem. p. 82.

> instituição eminentemente técnica. **E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.**
> (...)
> As nações mais adiantadas não se pejaram de exaltar os méritos dos Códigos de outros países. Na França, tão ciosa de sua elevada cultura, Tissier reconheceu que o Código de Processo Civil da Áustria é: *'la meilleure procédure civile du continent'."*

Principalmente em relação ao processo civil, não há qualquer cabimento em se afirmar que só interessa o estudo do direito nacional.

Por essa razão, para nosso aperfeiçoamento e melhor compreensão do sistema processual civil nacional, é importante, senão indispensável, verificar como a falta de efetividade das decisões judiciais, decorrente da desobediência da ordem do juiz cível é enfrentada em outros países, mesmo naqueles pertencentes a outros sistemas jurídicos, como os da *common law*, porque a falta de efetividade atinge diretamente os objetivos universais do processo, e este, dada sua finalidade nitidamente intrumental, deve sempre receber uma interpretação teleológica.

Não se pode esquecer de que, apesar das diferenças ainda existentes entre o *common law* e o *civil law*, a tendência é a convergência; afinal ambos os sistemas têm a mesma origem, o direito romano; a diferença é que o primeiro se origina do direito romano clássico e o último é do período justiniano.[96]

[96] Cappelletti. Mauro. *Processo e ideologia*.....

XIX – As comparações.

Iniciemos fazendo a comparação com o direito português. O legislador português, na revisão de seu Código de Processo Civil em 1995, preocupou-se de maneira específica com a garantia da efetividade da providência cautelar, deixando expresso na exposição de motivos[97] que *"no que se reporta à garantia da efectividade da providência cautelar, propõe-se a incriminação como* ***desobediência qualificada*** *do acto traduzido no respectivo desrespeito, estabelecendo-se ainda, em termos amplos, a possibilidade do recurso à figura da sanção pecuniária compulsória, prevista no art. 829°-A do Código Civil."*

E efetivamente o art. 391° deste diploma legal passou a ter a seguinte redação: *"Incorre na pena de crime de desobediência qualificada todo aquele que infrinja a providência cautelar decretada, sem prejuízo das medidas adequadas à sua execução coerciva."*

O Código Penal português prevê o crime de desobediência simples e qualificada, tipificando-o em seu art. 348°.[98]

Importante é deixar claro que a desobediência qualificada é punida com prisão que pode durar até 2 (dois) anos. Outro ponto relevante da legislação portuguesa é que, mesmo na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário podem cominar a pena de até 1 (um) ano de prisão pela desobediência (art. 348°, 1. 'b').

João Calvão da Silva[99] faz uma análise sobre as técnicas coercitivas ou de execução indireta, que são utilizadas em vários países, para que a prestação jurisdicional não fique na dependência da boa vontade daquele que deve cumprir a determinação judicial, e escreve:

---

[97] Decreto-Lei n° 329-A/95.

[98] Art. 348° do Código Penal português: "1. Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emandados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se: a) uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples, ou b) na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação. 2. A pena é de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias nos casos em que uma disposição legal cominar a punição da desobediência qualificada."

[99] Silva, João Calvão da. Ob. cit. ps. 375 e seguintes.

A técnica coercitiva da 'astreinte'.

"A *astreinte* é um meio de constrangimento indirecto **criado pela jurisprudência francesa** nos primórdios do séc. XIX, sem o apoio de texto legal. Consiste em o juiz fazer acompanhar a condenação principal do devedor no cumprimento da obrigação – especialmente da obrigação de *facere* ou de *non facere* – de uma 'pena' pecuniária (*astreinte*) por cada período de tempo (dia, semana, mês..) de atraso no cumprimento daquela ou por cada violação futura da obrigação negativa."

É importante frisar que esta técnica coercitiva é fruto da construção pretoriana, que só após um século de vida transformou-se em lei. Isto demonstra que o juiz tem se antecipado ao legislador, tem criado o Direito, mesmo na França, onde a figura do legislador historicamente tem sido sempre colocada em primeiro plano.

A técnica coercitiva de 'Zwangsgeld/Zwangshalft' e de 'Ordnungsgeld/Ordnungshaaft1'.

"Um outro modelo de medidas coercitivas está consagrado no direito alemão. Com efeito, ao lado da execução forçada sub-rogatória para as obrigações de prestação de facto fungível (§ 887 do Z.P.°), prevê o Código de Processo Civil (Z.P.°) meios de coerção aplicáveis às prestações de fato positivas infungíveis (§888) e às prestações de facto negativas (§890).
Dispõem as referidas normas, de acordo com a redacção dada por lei de 2 de março de 1974:
§ 888. 'Se um acto não pode ser realizado por terceiro e depende exclusivamente da vontade do devedor, deve o tribunal e primeira instância, a pedido do credor, declarar que o devedor é obrigado ao cumprimento do acto sob a ameaça de pagamento de uma soma de dinheiro (*Zwangsgeld*) e, **para o caso de esta não poder ser cobrada, de prisão coercitiva** *(Zwangshaft)* ou a ameaça de prisão coercitiva *(Zwangshaft)*. A singular sanção pecuniária não pode ultrapassar o montante de 50 mil marcos. À prisão aplicam-se as disposições contidas no quarto título sobre prisão (*Halft*).
Esta disposição não se aplica no caso de condenação a contrair matrimónio, no caso de condenação a estabelecer vida conjugal e no caso de condenação a prestar serviços resultantes de um contrato de serviço.'
§ 890. 'Se o devedor não cumpre a obrigação de abster-se ou tolerar um acto, será, a pedido do credor, por cada singular contravenção, condenado pelo tribunal de primeira instância, **ou**

> **a uma sanção pecuniária** *(Ordnungsgeld)* e, para o caso de esta não poder ser cobrada, **a uma prisão coercitiva** *(Ordnungshaft)*, ou a uma **prisão coercitiva** *(Ordnungshaft)* até seis meses. A singular sanção pecuniária pode ir até 500 mil marcos e a prisão não pode ultrapassar dois anos na totalidade."

Observa o autor que "só a pedido do credor o juiz pode condenar o devedor sob a ameaça de sanção pecuniária ou prisão. É todavia, do critério do juiz fixar sanção pecuniária e prisão coercitiva sucedânea ou prisão coercitiva."[100] Semelhante é o sistema austríaco, só que mais completo, enfatiza Calvão, pois neste é previsto o *"progressivo aumento da sanção à medida que persiste a inobservância da obrigação de fazer (§ 354) ou se verificam novas violações a obrigação de não fazer ... (§ 355)."*[101]

Sobre a **técnica coercitiva do "contempt of Court"** escreve:

> "Outro tipo de medidas coercitivas é o sistema do *contempt of Court*, próprio da *common law*. Deriva etimologicamente do latim *comtemptus* (de *contemno – contempsi, contemptum* -, que significa **desprezar, não fazer caso de**), que quer dizer acto de **"desprezo pelo tribunal, desobediência à autoridade judicial, à Justiça e à sua dignidade**. Abrangendo toda uma vastíssima gama de ofensas à autoridade judicial e às suas ordens em geral, o desprezo ou desobediência é, todavia, o elemento estrutural comum às várias categorias de *contempt of Court: civil e criminal, direct e indirect, constructive e consequential.*
> No que ao nosso tema interessa, importa referir que o *contempt of Court* constitui o instrumento **mais eficaz para assegurar a realização concreta dos direitos do credor correlativos das obrigações infungíveis.** Instituto processual geral que tem por fundamento o desprezo pelo tribunal (e pela Justiça), a ele pode recorrer o credor para que o juiz, que proferiu a sentença ... voluntariamente não cumprida, declare o devedor autor de *contempt of Court* e o condene a prisão – a qual, todavia, **só pode ser infligida a quem tinha a concreta possibilidade de cumprir a obrigação** – e/ou ao pagamento de uma sanção pecuniária ou 'multa'.
> Não constitui, pois o instituto do *contempt of Court*, um fim em si mesmo, mas antes um meio de coerção indirecto ao respeito e à obediência devidos à ordem do juiz – contida na sentença que condena o devedor à *specific performance* ou à *injunction* – e ao cumprimento das obrigações.

---

[100] Silva, João Calvão da. Ob. cit., nota de rodapé n. 689, p. 380.
[101] Silva, João Calvão da. Ob. cit. p. 381.

> Trata-se de um instituto que procura assegurar o respeito pela autoridade, tão peculiar à sociedade inglesa, salvaguardando o poder judicial contra a resistência ou mal-querer do obrigado, ..."[102]

Fabiane Bessa, parafraseando WADE e BRADLEY, diz que **o *contempt of court*** foi criação dos tribunais ingleses como meio de prevenção ou punição de condutas tendentes a obstruir, prejudicar ou que se demonstrem abusivas frente à administração da justiça – seja em manifestações casuísticas ou genéricas[103], e adiante[104]conclui que **"o rigor**

---

[102] Silva, João Calvão da. Ob. cit. ps. 382-4. Entretanto este autor, no direito português, quando escreveu sua dissertação *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, em novembro de 1986, ou seja, anteriormente ao Dec.-Lei nº 329-A/95, de 12-12 que "no que se reporta à garantia da efectividade da providência cautelar, propôs a incriminação como **desobediência qualificada** do acto traduzido no respectivo desrespeito" (art. 391º), mostrava-se contrário à aplicação de sanção através do constrangimento físico, posicionando-se a favor da aplicação da técnica coercitiva da 'astreinte'. Ás fls. 372 e seguintes, no ítem intitulado "**O recurso à técnica coercitiva para garantir a actuação específica da condenação no cumprimento das obrigações de prestação de facto infungível. Rejeição do constrangimento físico do devedor**", escreve: "Assumida a incapacidade de o processo de execução não servir até ao fim, por impossibilidade, a lei substantiva, uma atitude possível a seguir é a da **resignação perante a impotência da lei adjectiva**: se, embora condenado no cumprimento, o devedor não cumprir, terá o credor de contentar-se com a indemnização do prejuízo resultante do inadimplemento, esta susceptível de execução forçada por equivalente. Mas há outra atitude: a de fazer acompanhar a condenação no cumprimento de medidas destinadas a exercer pressão sobre a vontade do devedor, capazes de vencer a sua rebeldia e de decidi-lo a cumprir voluntariamente. Na verdade, o reconhecimento de que a técnica executiva é incapaz de garantir a actuação *in natura* da condenação no cumprimento pode recomendar o recurso a outro meio que assegure tal resultado, de modo a que o credor obtenha aquilo a que tem direito, efectivando-o, na prática, pois este existe para se realizar, sendo a sua realização do próprio direito (Ihering). Esse outro meio susceptível de garantir a efectivação da sentença de condenação no cumprimento de obrigações infungíveis é o coercitivo, prevendo-se formas de coerção destinadas a provocar o cumprimento voluntário do obrigado. ... A primeira forma de conseguir a acção do devedor seria através do constrangimento directo e físico sobre a sua própria pessoa, empregando meios violentos. Este procedimento – constrangimento corporal pelo recurso à força física -, violador da integridade pessoal e da dignidade humana, é inadmissível. Reminiscência ou resíduo de concepções que consideravam a morte, a escravidão, a prisão privada e as penas corporais do devedor como meios de assegurar a realização das obrigações, o constrangimento corpóreo é um processo bárbaro e arcaico, contrário à Ética contemporânea e aos direitos fundamentais do homem. Repugna por isso, à razão e à consciência ético-jurídica moderna e à concepção que a Humanidade tem da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana, a sua aceitação. A admissibilidade do constrangimento físico da pessoa do devedor, além de constituir arrepiante retrocesso histórico na evolução da execução das obrigações – a passagem da execução pessoal à execução patrimonial constituiu um avanço e uma conquista da civilização -, violaria princípios fundamentais de um Estado-de-Direito democrático, como é a República Portuguesa, baseado na dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição), no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (art. 2º da Constituição) e na inviolabilidade da integridade moral e física dos cidadãos (art. 25º da Constituição). ..." O próprio autor, no entanto, reconhece (p. 371) a polêmica travada sobre o ponto, na Itália, entre Pisani (*L'effettività dei mezzi*, cit.; *Appunti sulla tutela di condanna*, cit.) e Mandriolli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed esequibilità forzata, in* 'Ver. trim. Dir. proc. Civ.', 1976, p. 1342 e segs..

[103] Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. Dissertação cit, p. 10. A autora continua dizendo: "O comportamento que configura *contempt of court (in casu*, a sentença judicial descumprida) enseja, para o juiz ou tribunal (ao qual tal comportamento se dirigiu), a faculdade de impor sanções aos seus autores, faculdade que o *common law* denomina *power of contempt*. O *power of contempt*, comenta Molina Pasquel ('Contempt of court :

e a efetividade dos meios de coerção do direito anglo-americano são surpreendentes. Não se admite que o particular ou menos ainda a autoridade administrativa trate com displicência as manifestações da soberania da justiça do país; se tal comportamento ocorre, o indivíduo é obrigado a **refletir** sobre a inconveniência de ignorar as ordens judiciais **na prisão."**[105]

Estas técnicas visam a atender dois interesses, um de natureza pública e outro de natureza privada. De natureza pública porque procuram preservar a respeitabilidade dos órgãos judiciais, dando-lhes poder para fazer cumprir suas determinações, o que é de interesse de toda a sociedade; e de natureza privada porque visam atender, de maneira eficaz, aquele que buscou no Judiciário a proteção de seu direito.

Também Marinoni faz uma análise destas medidas coercitivas, referindo-se aos ordenamentos jurídicos alemão, francês, anglo-americano, dentre outros[106], ressaltando seu modo de aplicação e sua eficácia.

---

correcciones disciplinarias y medios de apremio. Mexico : Fondo de Cultura Económica, 1954, p. 81) *'es accesorio a al autoridad de los magistrados y es poder inherente a los tribunales; que lo era a todos los de Cancilleria y de Derecho tan esencial como el ejercicio de sus facultades para el mantenimiento de su autoridad; que es parte de la ley de la tierra dentro del significado que tiene en la Carta Magna y en la Constitución Americana.'*

[104] P. 37.

[105] Sobre a justificação do *contempt of court* perante o *common law* escreve Fabiane Bessa, 'in' dissertação já citada, p. 49: "Dentro do panorama do direito anglo-americano, compreende-se desde logo a existência do *contempt of court* como instrumento indispensável para a efetivação da ordem jurídica. Como já salientado, pela própria evolução histórica e pelo espírito pragmático dos povos de origem inglesa, seria previsível que a sua concepção do direito viesse investida com uma forte preocupação com a concretização do direito. JONES (citado por Molina Pasquel, 'Contempt of court : correciones disciplinarias y medios de apremio, p. 79), **reafirma esse entendimento ao comentar que uma ofensa dirigida contra a dignidade e autoridade de um tribunal é uma ofensa contra a própria sociedade organizada e não faz parte do ilícito de onde se origina.** Os tribunais do *common law* alegam que se lhes fosse necessário **promover um juízo para vindicar sua própria dignidade ou fazer cumprir suas próprias decisões,** eles seriam impotentes para manter o respeito que deve o público à lei e à ordem. Portanto, a base do *contempt of court* estaria exatamente em que é mister conservar o halo de dignidade e confiança que rodeia o Judiciário, e impedir que se deprecie a justiça ante os olhos do público. ..."

[106] "A ZPO alemã disciplina, precisamente nos §§ 888 e 890, as Zwangsstrafen. O § 888 diz respeito, em princípio, às obrigações cuja execução não se pode dar através de um terceiro. A norma exclui as obrigações que podem ser tuteladas através de execução forçada, ou seja, as obrigações fungíveis e, além disto, determinadas obrigações infungíveis que não admitem a coação ao adimplemento, como acontece, por exemplo, com aquelas que são marcadas por particulares qualidades de natureza artística ou científica. **As sanções previstas no § 888 são articuladas de modo que o juiz deve aplicar em primeiro lugar a sanção pecuniária, deixando para impor a prisão quando não é possível o uso da primeira ou quando ela não surte efeitos.** O § 890 aplica a mesma técnica sancionatória às obrigações de não-fazer e, especificamente, às obrigações de se abster de determinada atividade e de consentir que uma atividade seja praticada. ...

Na França, **a partir de intenso movimento jurisprudencial**, (esta circunstância – a partir de intenso movimento jurisprudencial – merece ser destacada porque demonstra a importância do papel da jurisprudência no encontro de soluções para os problemas jurisdicionais – observação minha), surgiu a Lei 72-226, de 5 de julho de 1972, que teve o mérito de ter fornecido um fundamento geral e preciso às **astreintes**. Atualmente, em vista da Lei 91-650, de 9 de julho de 1991, é possível dizer que o ordenamento francês traça com bastante precisão os contornos dessa figura, evidenciando as suas características e a forma de sua atuação.

Carlos Aurélio Mota de Souza, citando Roberto Molina Pasquel e discorrendo sobre o **abuso do direito e má-fé processual**[107] especifica as hipóteses que podem caracterizar o *contempt of court* dos ingleses e norte-americanos, a seguir referidas; mas antes de enumerá-las é importante destacar que o abuso do direito e a má-fé processual também entre nós são repelidos, como se lê, por exemplo, no art. 14, I do CPC que diz que compete às partes e a seus procuradores expor os fatos em juízo conforme a verdade. Registre-se, porém, a dificuldade com que estas obrigações têm sido consagradas em nosso ordenamento jurídico, pois a aprovação deste dispositivo legal não foi tranqüila; durante os trabalhos legislativos o sen. Nelson Carneiro preconizou sua supressão, argumentando: *"Com efeito correntes doutrinárias existem não poucas e nem menos respeitáveis que, ao contrário de exigir que a 'parte exponha os fatos conforme a verdade', afirmam ter ela, em defesa dos seus interesses, até* ***o direito de mentir.***" Esta emenda foi rejeitada sob o argumento de que cabe à lei processual regrar a conduta das partes que participam do processo.[108] Não se discute aqui o direito constitucional de o preso permanecer calado (art. 5°, LXIII), eis que o tema não é de processo penal, mas de processo civil.

Deixa-se claro no primeiro artigo da Seção 6 – do Capítulo II da Lei 91-650, de 9 de julho de 1991 -, intitulada 'L'astreinte', que 'tout juge peut, même d'office, ordonner una astreinte pour assurer l'exécution da sa décision' (art. 33); e afirma-se, logo no artigo subseqüente, que 'l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts'. Não há dúvida, portanto, acerca do caráter coercitivo da 'astreinte', já que ela não se confunde com os 'dommages-intérêts' e é, segundo expressa disposição do referido art. 33, destinada a assegurar a execução das decisões judiciais.

Há na França, ainda, uma interessante modalidade de 'astreinte', que é chamada de endoprocessual. Com a reforma do Código de Processo Civil francês, a 'astreinte' também passou a ser utilizada como meio de coação ao adimplemento de obrigações processuais; a 'astreinte' endoprocessual, segundo a doutrina, é o único meio de coerção nos casos em que a parte ou um terceiro deixa de atender às determinações do juiz em matéria de prova. Entre os ordenamentos que adotam as 'astreinte' como medida de coerção ao adimplemento estão ainda Luxemburgo, Holanda e Bélgica. ....

Merece menção, ainda, o uso do 'contempt of Court no direito anglo-americano. Trata-se de um instituto que apresenta duplo aspecto, já que pode configurar-se como 'civil contempt' ou como 'criminal contempt. O 'civil contempt' caracteriza-se como medida coercitiva que atua nas hipóteses e obrigações (sobretudo de fazer e de não fazer) impostas por decisões judiciais – finais ou interinais -, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandado. O 'criminal contempt', por sua vez, entra em ação nos casos de **comportamentos que se constituem em obstáculo à administração da justiça, que interferem indevidamente nessa, ou que de qualquer forma representem** uma ofensa à autoridade do juiz; o 'criminal contempt', ao contrário do 'civil contempt', atua apenas no plano do interesse público no correto funcionamento da administração da justiça, o que não quer dizer que o 'civil contempt' também não objetive preservar a autoridade do Estado. Interessa-nos, nesse momento, o 'civil contempt', que abre oportunidade à imposição das penas pecuniária **e de prisão**. É preciso que fique claro, de fato, que mesmo o 'civil contempt' pode permitir o uso da prisão no caso de simples inadimplemento do réu. O juiz dispõe de discricionariedade na aplicação da pena de prisão ou da pena pecuniária e, além disso, no momento em que escolhe uma delas, tem a oportunidade de graduá-la de acordo com a gravidade que circunda a violação e o grau de resistência do réu. In: *Tutela Inibitória*, pp. 167-170.

[107] Souza, Carlos Aurélio Mota de, *Poderes éticos do juiz*, p. 67-69.

[108] Vargas, Jorge de Oliveira, *O 'direito' de mentir – a mentira no processo é crime?*, citando a obra de Alexandre de Paula, *CPC anotado*, 3ª ed., vol. I, p. 83.

Outras regras positivadas em nosso diploma processual são também muito importantes, como aquela que exige que as partes e seus procuradores procedam com lealdade e boa-fé (art. 14, II). Sobre esta regra cabe lembrar a lição de Frederico Marques quando disse: *"Se as partes pedem ao Estado a tutela da jurisdição, também lhes é imposto um dever de boa-fé perante o juiz, o qual, no dizer de STEFANO COSTA, 'tem o poder de exigir do cidadão que lhe pede justiça, prestar com lealdade os meios tendentes a fazer atuar sua pretensão ou sua defesa.' Um processo dominado pela chicana ou expedientes condenáveis seria a negação do processo, pois transformaria o 'judicium' em tablado de luta desleal, onde venceria o mais hábil, em detrimento da justiça e da reta aplicação da lei."*[109]

O inciso III do citado art. 14, ao impor a obrigação de não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento, repudia o abuso do direito, enquanto que o contido no inciso IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito -, rejeita o comportamento com propósito meramente procrastinatório. E este propósito tanto pode ser do autor como do réu; do autor quando já foi beneficiado com uma tutela antecipatória; do réu quando o autor ainda nada conseguiu com o processo.

O art. 17 é pródigo ao elencar as hipóteses que caracterizam a litigância de má-fé. Dentre elas podem ser destacadas aquelas que proíbem: alterar a verdade dos fatos (II), opor resistência injustificada ao andamento do processo (IV) e provocação de incidentes manifestamente infundados (VI).

O problema, como se vê, não é da falta de previsão legal repudiando o abuso do direito ou a deslealdade processual; o problema está em como estas faltas são punidas.

O art. 16 do CPC diz que responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé. Ora, isto é impor um ônus muito grande para a parte que está sendo prejudicada; isto é, na prática, garantir a impunidade do litigante de má-fé. É verdade que o art. 18, com redação atual determinada pela Lei 9.668/98, fala da aplicação de uma multa 'não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa'; uma 'mini' 'astreinte'; e também da indenização à parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, sendo que o valor desta indenização será, se desde logo fixado, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento (§ 2º). São limites acanhados demais para se evitar a litigância de má-fé. A sanção deve ser suficiente para prevenir o dano processual e as previstas no Código de Processo Civil têm se mostrado insuficientes para esta prevenção, tanto que a litigância de má-fé é uma constante.

Lendo-se quais são os atos processuais considerados abusivos no sistema anglo-americano, iremos identificá-los em inúmeros casos com

---

[109] Idem, citando a obra de Frederico Marques: *Instituições de Direito Processual Civil, 2. Ed., vol. II, ps. 131-2.*

os que aqui também o são; todavia lá a punição tem-se mostrado eficiente, fazendo com que raramente eles ocorram.

> *"No sistema anglo-americano,* diz Carlos Aurélio Mota de Souza, citando Roberto Molina Pasquel, *os atos abusivos praticados no processo são considerados ofensivos aos juízes ou tribunais, podendo ser conceituados como tal:*
>
> *a) desapreço à autoridade, à justiça ou à dignidade de um tribunal;*
>
> *b) desprezo voluntário à autoridade exercida por uma corte de justiça;*
>
> *c) execução de atos que possam conduzir a um desapreço genério à pessoa dos juízes, e que exijam uma intervenção sumária para preservar a ordem no tribunal e manter a dignidade dos juízes;*
>
> *d) tendência a obstruir a administração da justiça em uma demanda, fazendo nulas as resoluções do tribunal, levando ao menoscabo de sua reputação e a uma falta de respeito entre os homens;*
>
> *e) a desobediência a qualquer resolução legítima, decreto, auto ou ordem de um tribunal; e*
>
> *f) a obstrução ofensiva aos procedimentos judiciais em que o juiz atua de ofício.*
>
> *Constituem 'contempt', entre outros, os seguintes atos praticados no processo: desapreço, indiferença, desatenção ou desacato; subtração ou alteração de documentos judiciais; abuso de recursos ou ações; destruição, alteração, ocultação ou disposição de coisa objeto do litígio; caução ou fiança ilusórias ou fictícias; mau comportamento em audiência, de partes, advogados ou testemunhas; recusa de depor ou falso testemunho; obstar citações; exercício ilegal da advocacia.*
>
> *O 'contempt', ou ofensa, caracteriza perfeitamente o abuso do direito de demandar ou no curso da demanda, e, através de processo regular, 'vindicatorio de la dignidad judicial', são impostas ao ofensor sanções que variam de* ***prisão*** *a indenização, incapacidade para demandar, retratação em juízo etc.*
>
> ***Tais procedimentos fortalecem o juiz e os tribunais na tarefa de conduzir o processo ao seu fim imediato, impedindo toda forma de abuso perante a Justiça.***
>
> ***Podemos, assim, comparar o instituto do 'contempt of court' ao nosso 'atentado à dignidade da justiça', cuja aplicação não deveria ficar limitada às poucas referências do Código, mas ser estendida a toda situação de real ofensa à ordem jurídica, ocorrente no processo."***

Quando trata do processo de execução, nosso Código de Processo Civil prevê a punição do ato atentatório à dignidade da justiça, ao dispor, no art. 600: *"Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III –* ***resiste injustificadamente às ordens judiciais****; IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução."* A penalidade pela prática destes atos está prevista no art. 601, ou seja, "multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material."

Sobre a justificação do *contempt of Court* perante o *common law*, escreveu Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa[110], citando JONES, que *"uma ofensa dirigida contra a dignidade e autoridade de um tribunal é uma ofensa contra a própria sociedade organizada"* e destaca que o poder/dever de reprimir o desrespeito à ordem judicial é uma faculdade **inerente aos tribunais**, fazendo parte integrante da própria independência do Judiciário.[111]

O descumprimento injustificado da ordem judicial se constitui na mais grave litigância de má-fé, pois este comportamento não apenas tumultua o processo, mas o reduz a um nada, por isso deve ser punido severamente, até mesmo, quando outros meios se mostrarem inócuos, com a pena de prisão, como adiante se sustenta, e não apenas para atender ao direito da parte, mas também em nome da dignidade da Justiça e da independência do Poder Judiciário.

Este tema também tem chamado a atenção da doutrina italiana. Lá a Constituição em seu art. 24 dispõe: *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legitimi.* (Todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos.)

O direito à tutela jurisdicional é assegurado, porém a questão está em se saber qual é o alcance deste direito, ou qual é a leitura constitucional que se deve fazer do direito de ação. Pergunta-se: a garantia se restringe a uma decisão de mérito ou vai além, alcançando também, em nome do princípio constitucional da efetividade, o direito às medidas coercitivas, para garantir a realização em concreto do direito reconhecido judicialmente e não espontaneamente atendido?

De acordo com os doutrinadores italianos, na lição de Marinoni[112] *"o ordenamento jurídico deve garantir uma efetiva 'tutela dei diritti', que nele*

---

[110] *O Direito Constituição de Ação e o Contempt of Court* – Dissertação de mestrado, ps. 49/50.

[111] **Para o direito anglo-americano o entendimento é de que o poder de castigar o desprezo ou desrespeito é acessório à autoridade dos magistrados, tendo sido sempre uma faculdade inerente aos tribunais. E por ser parte integrante da própria independência e potestade do Judiciário, é absolutamente essencial para a execução dos deveres que a lei lhe impõe. Afinal, se qualquer das partes pudesse ser juiz e crítico das ordens judiciais, e por seus próprios atos de desobediência as deixasse de acatar, então os tribunais seriam impotentes e o estado de direito – garantido constitucionalmente através da atuação do Poder Judiciário – uma falácia.**

[112] Tutela inibitória, ps. 317/8.

são reconhecidos e garantidos. ***Deixaria de cumprir sua função o ordenamento que se limitasse a reconhecer a abstrata titularidade dos direitos e/ou de qualquer forma a relevância de determinadas classes de interesses, e não se preocupasse em garantir a efetiva tutela dos direitos e interesses."***

Marinoni cita Adolfo di Majo, segundo o qual *"a exigência de tutela pode considerar-se implicitamenre reconhecida no próprio princípio da efetividade, que caracteriza o ordenamento jurídico."* Ao se referir a Proto Pisani[113] escreve: *"Para tentar contornar a lacuna da legislação civil italiana – que somente prevê meios de coerção para hipóteses específicas -, Proto Pisani elaborou uma engenhosa reconstrução da tutela de condenação,* ***propugnando o emprego da prisão como meio de coerção, em caso de descumprimento de sentença que imponha um não-fazer ou um fazer infungível."***

É verdade que há divergências entre os doutrinadores italianos a respeito da possibilidade de se utilizar a prisão como meio coativo para fazer com que se cumpra decisão judicial na área cível; Chiarloni,[114] por exemplo, mostra-se contra, mas Marinoni[115], após analisar a discussão a respeito de um tema específico, ou seja, da possibilidade do empregador ser coagido, sob pena de prisão a reintegrar empregado indevidamente despedido, quando esta reintegração é determinada judicialmente, conclui que *"o que importa é deixar claro que a doutrina italiana tentou introduzir na sentença condenatória uma ordem que, em caso de descumprimento, levaria à decretação da prisão. Na verdade, a doutrina italiana, preocupada com a efetividade da norma que prevê a reintegração do trabalhador no emprego, encontrou no Código Penal um meio para evitar que a ordem do juiz se transformasse em mera recomendação."*

Em relação ao direito espanhol Marinoni cita Comoglio, que é professor de Direito Processual Comparado, o qual, referindo-se ao "derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales", previsto na Constituição espanhola, afirma que esse direito "esprime una realtà garantistica molto complessa, includendo fra le sue componenti non solo l'aspirazione ad un processo pubblico, prevalentemente orale e rapido, *sin dilaciones indebidas*, ma anche – quale corollario essenziale – *il diritto ad un'esecuzione effettiva delle sentenze giurisdizionali."*[116]

---

[113] Idem, p. 325.
[114] Idem, ps. 329 e seguintes.
[115] Idem, ps. 315/6.
[116] Idem, p. 322, nota de rodapé n. 30.

XX – O anteprojeto n. 14 da nova proposta de reforma do Código de Processo Civil.

Com o propósito de dar continuidade ao processo de aprimoramento da legislação processual civil brasileira, para torná-la realmente efetiva, atendendo desta forma o princípio constitucional do acesso à Justiça, a Comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura elaborou, dentre outros, o anteprojeto n. 14 que altera vários dispositivos legais, mas de maneira especial o art. 14, acrescentando o inciso 'V' e um parágrafo único, com a seguinte redação:

> "Art. 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
> I - ...;
> V – **cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos jurisdicionais, de natureza antecipatória ou final.**
> Parágrafo único. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui **ato atentatório ao exercício da jurisdição**, podendo o juiz, **sem prejuízo das sanções criminais**, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo pago no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão, a multa será inscrita como dívida ativa." [117]

Na exposição de motivos fica bem nítida a preocupação de se reprimir o descumprimento da ordem judicial, ou seja, de dar ao juiz instrumentos eficazes para fazer com que suas determinações sejam

---

[117] Este anteprojeto já teve nova redação, conforme se lê do artigo publicado por Sidnei Agostinho Beneti, *A Segunda fase da reforma processual civil*. In: *Tribuna da Magistratura – caderno de doutrina / julho-agosto 99*, ps. 139-144: **Anteprojeto nº 14.** É o anteprojeto referente ao processo de conhecimento, em que se destacam: 1. Deveres éticos no processo e repressão ao **contempt of Court** (CPC, art. 14). – Enfatizam-se esses deveres e **estabelecem-se sanções pelo descumprimento da ordem judicial,** consistentes em multa de até 20% do valor da causa **e prisão civil**."

cumpridas para que a função judicial não fique desprestigiada diante da resistência do litigante vencido, pois na hipótese de não se poder reprimir esta resistência, estará se dando ao litigante vencido o poder *"de fazer injustiça com as próprias mãos"*.

Diz a exposição de motivos:

> *"O Anteprojeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação. É que o processo, como observou Agrícola Barbi, com remissão a José Olympio de Castro Filho,* ***'é campo muito vasto para o mau uso dos poderes concedidos para defesa dos direitos'.*** *('Comentários ao CPC', Ed. Forense, 5ª ed., nº 154).*
> *O inciso V, que o Anteprojeto acrescenta, bem como o parágrafo único, visam estabelecer explicitamente o dever de cumprimento dos provimentos mandamentais, e o dever de tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, com a instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de Direito.* ***Em suma: repressão ao contempt of court,*** *na linguagem do direito anglo-americano."*

Isto não significa, por óbvio, que só com a aprovação deste anteprojeto é que as partes serão obrigadas a "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final"; esta regra além de já estar explícita em relação ao processo de execução (art. 600, III do CPC), é uma regra que alcança o processo como um todo, pois está implícita em nosso ordenamento jurídico e decorre do "exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de Direito" e da natureza coativa do Direito. Como já foi anteriormente dito, o Poder Judiciário seria impotente e o estado de direito uma falácia se as ordens pudessem ser desobedecidas impunemente. O que a Comissão está fazendo é tornar claro, explícito, aquele dever que já existe, explícita ou implicitamente, mas que, em muitas situações, não está sendo cumprido; não-cumprimento este que não pode ser tolerado como ainda vem sendo.

O parágrafo único reforça a idéia de que o não-cumprimento da ordem judicial é "ato atentatório ao exercício da jurisdição" e isto é crime, por esse motivo faz a ressalva "sem prejuízo das sanções criminais", e

estabelece, como reforço à repressão ao descumprimento, uma sanção civil: multa.

O 'contempt of Court', portanto, não nos é estranho. É de se lembrar que sua finalidade é preservar a dignidade da função jurisdicional, e pode ser colocado em prática através da imposição de multas, equiparando-se aí à 'astreinte', ou prisão. O anteprojeto n. 14 chegou a prever a imposição de ambas as medidas – multa e prisão – porém, em sua redação final, optou apenas pela primeira, deixando a segunda para ser aplicada com base na legislação penal.

Mas mesmo a pena de prisão, como prisão civil por desobediência e não por dívida, já está positivada entre nós. Na seção que trata **"Do protesto e da apreensão de títulos"**, dizem os artºs. 885, parágrafo único e 886, I do CPC.:

> *"Art. 885. O juiz poderá ordenar a apreensão do título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só* ***decretará a prisão*** *de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução.*
> *Parágrafo único. O juiz mandará processar de plano o pedido, ouvirá depoimentos se for necessário e, estando provada a alegação,* ***ordenará a prisão.***
> *Art. 886.* ***Cessará a prisão:***
> *I – se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exibir para ser levado a depósito: ..."*

Tal qual no sistema anglo-americano, esta prisão cessa com o cumprimento da ordem. Em nosso caso, porém, os limites[118] de sua duração são mais estreitos.[119]

Também a *Lei de Falências*[120], quando trata dos **"efeitos quanto à pessoa do falido"**, dispõe o art. 35 e seu parágrafo único:

> *"**Art. 35.** Faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente Lei lhe impõe, poderá o falido ser* ***preso por ordem do juiz****, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor.*
> ***Parágrafo único.*** *A* ***prisão*** *não pode exceder 60 (sessenta) dias, e do despacho que a decretar cabe agravo de instrumento, que não suspende a execução da ordem."*

E, ao tratar da prestação de contas do síndico, preceitua:

---

[118] Na Inglaterra o prazo máximo, a partir do *Contempt of Court Act 1981, S. 14*, é de dois anos. Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa. Ob. Cit. p. 45.
[119] Ver incisos II, III e IV do art. 886 do CPC.
[120] Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

"***Art. 69.*** *O síndico prestará contas da sua administração, quando renunciar o cargo, for substituído ou destituído, terminar a liquidação, ou tiver o devedor obtido concordata.*

....

§ 5° *O síndico será intimado a entrar, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, com qualquer alcance, sob* ***pena de prisão até 60 (sessenta) dias.***"

XXI - O poder implícito do juiz de reprimir o desrespeito à Justiça.

O poder de o juiz reprimir a desobediência injustificada de sua ordem, quer por medidas civis ou penais, é um poder que está por sua natureza inseparavelmente ligado ao exercício da jurisdição. Não haverá real poder jurisdicional se o juiz não puder determinar o cumprimento de suas ordens.

Este poder/dever de fazer cumprir suas ordens é ínsito ao poder de julgar, porque quem recebe uma determinada tarefa constitucional recebe, ainda que implicitamente, os meios apropriados para executá-la.

A interpretação, neste sentido, deve ser teleológica.

Mais uma vez é oportuno recorrer-se ao direito comparado para tornar mais clara a idéia dos poderes implícitos.

A Corte de Justiça da Comunidade Européia já decidiu que *"quando um artigo do Tratado da Comunidade Econômica Européia ... confere uma função específica à Comissão, deve ser aceito,* ***se não se quiser transformar essa disposição em totalmente inefetiva****, que ele confere à Comissão necessariamente e por si só os poderes que forem indispensáveis ao cumprimento daquela função."*[121]

Fabiane Bessa, a respeito deste tema, escreve:

> **"Para o direito anglo-americano o entendimento é de que o poder de castigar o desprezo ou desrespeito é acessório à autoridade dos magistrados, tendo sido sempre uma faculdade inerente aos tribunais. E por ser parte integrante da própria independência e potestade do Judiciário, é absolutamente essencial para a execução dos deveres que a lei lhe impõe. Afinal, se qualquer das partes pudesse ser juiz e crítico das ordens judiciais, e por seus próprios atos de desobediência as deixasse de acatar, então os tribunais seriam impotentes e o estado de direito – garantido**

[121] Casos 281, 283 a 285 e 287/85, [1987] ECR 3.205. In: *União Européia – a esperança de um mundo novo*, p. 9, Marçal Justen Filho.

constitucionalmente através da atuação do Poder Judiciário – uma falácia."[122]

[122] Dissertação de mestrado, ps. 49 e 50.

XXII – O papel do Judiciário no 'common law' e do 'civil law'.

O juiz do *common law* sempre se mostrou mais independente e criativo, e disto extrai sua vitalidade e respeitabilidade; já o juiz do civil law mostra-se mais conservador, fica normalmente à espera da iniciativa, nem sempre eficaz e tempestiva, do legislador. O ativismo jurídico, entre nós, está ainda no começo.

Mauro Cappelletti, quando fala das diferenças entre estes juízes, menciona aquela que radica na própria concepção do direito. Diz que os juízes do sistema 'Civil Law', têm a tendência de identificar o direito com a lei. Mesmo diante das lacunas da lei, procuram nela uma solução, ou seja, procuram aplicar a analogia ou os princípios extraídos do próprio texto. Já os do sistema do 'Common Law' enxergam um direito que está além da lei, ou seja, *o direito desenvolvido pelos próprios juízes.* [123]

Essa, continua Cappelletti, é, dentre outras, uma causa da maior autoridade do juiz do 'Common Law', em relação ao do 'Civil Law'.

Porém esta diferença está se atenuando cada vez mais, até mesmo porque é uma diferença apenas de grau, pois o juiz brasileiro também, apesar de seu acanhamento, está criando o direito, basta uma simples olhada em algumas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, a de nº 35 que dispõe: "incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio"; a de nº 37 que diz que "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato'; a de nº 43 que reza: "incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo"; e tantas outras.

É verdade que ainda falta mais arrojo do nosso juiz, mas felizmente a maior parte da magistratura brasileira já deixou de ser burocrata, isolada e distante do seu tempo e da sociedade.

A ousadia do juiz do 'Common Law' lhe dá maior credibilidade; um exemplo marcante desta ousadia foi a criação – via jurisprudência – do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

---

[123] Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 123.

As diferenças que ainda existem, como já se disse, principalmente quanto ao grau de criatividade do direito pelo juiz, tendem a desaparecer porque, se uma das características do novo milênio, em processo civil, será a especial atenção à efetividade da entrega da prestação jurisdicional, a outra será a convergência das famílias do "civil law" e do "common law". Uma técnica processual civil cada vez mais internacional e eficaz é o objetivo.

XXIII – Do princípio da igualdade relativamente à proibição de se 'fazer justiça com as próprias mãos'.

Se ao autor é vedado fazer justiça com as próprias mãos, ao réu, diante do princípio constitucional da igualdade, também o é. Assim, se o autor deve recorrer ao Judiciário para ver seu direito reconhecido, o réu não pode, através de uma atitude pessoal, qual seja, a de desobedecendo à ordem judicial que reconheceu o direito do autor, fazer prevalecer seu interesse. Se este comportamento do réu for tolerado, a proibição de fazer justiça com as próprias mãos é uma proibição que alcança só o autor, e aí teremos que conviver com dois tipos de justiça, uma pública – a do autor -, e outra privada – a do réu. Isto seria, como salta aos olhos, um absurdo, pois duas pessoas juridicamente iguais estarão recebendo tratamento jurídico diferente.

XIV- Os avanços da doutrina e da jurisprudência.

Existem vários meios processuais para fazer com que o litigante voluntarioso acabe cumprindo, mesmo contra sua vontade e independentemente da ação de perdas e danos, a decisão judicial. Os principais deles, fruto do labor jurisprudencial, são as 'astreintes'[124] e o 'contempt of court'. O primeiro atinge o patrimônio do devedor, ou seja, coage-o ao cumprimento da ordem judicial mediante uma imposição de multa diária. Este instrumento já é amplamente usado entre nós, principalmente na ação inibitória, conforme dispõe o art. 461, § 4° do Código de Processo Civil, não se podendo esquecer, a respeito, do contido no art. 11 da ação civil pública e no art. 84, § 4° do Código de Defesa do Consumidor. Já o segundo, ou seja, o 'contempt of court', é mais amplo e mais rigoroso, porque atinge de igual forma o patrimônio do devedor através de imposição de multa, tal qual ocorre nas 'astreintes', mas vai além, atinge a própria liberdade do litigante prepotente ou teimosamente desobediente, através da imposição da pena de prisão, quando a imposição da multa diária for insuficiente, ou quando o juiz entender que a situação exige sua aplicação imediata, dada a natureza do bem a proteger. Em que pese a resistência de parte da doutrina e da jurisprudência pátria em aceitar de forma ampla o **contempt of court**, inúmeros são os que, neste sentido, se manifestam favoravelmente, em nome da aplicação do princípio constitucional de acesso à jurisdição no sentido material e em defesa da dignidade do Poder Judiciário.

Cândido Rangel Dinamarco, comentando o art. 461 do CPC, diz:

"Recentemente, na Reforma do Código de Processo Civil sobreveio uma disposição destinada à efetividade das condenações por obrigações de fazer e de não-fazer em geral, com a explícita e

[124] As 'astreintes' ou multa processual, funcionam como meio coercitivo para a concretização do mandado executivo. "É exemplo daquilo que se denomina de execução indireta: uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele mesmo satisfaça a obrigação (*rectius*: dever). Ameaça-se o devedor com medidas constritivas que o induzem, por ato próprio, a cumprir a prestação devida. ... A multa diária é típico mecanismo de preservação da autoridade do juiz." Luiz Rodrigues Wambier. 'in' *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2 – Processo de Execução – p. 244.

especificada indicação de meios de que o juiz se valerá para conduzir o sujeito a cumprir o que na sentença se contém. Objetiva-se à obtenção dos resultados práticos ditados nesta, ou a 'resultados equivalentes', cabendo ao juiz usar de todos os meios adequados a isso, como imposição de 'astreintes', busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas e até uso de força pública, ***chegando-se mesmo à prisão do renitente*** *(CPC, art. 461)."*[125]

Donaldo Armelin, discorrendo sobre a insuficiência dos meios de tutela jurisdicional civil para a proteção do meio ambiente, defende a aplicação da pena de prisão nos seguintes termos:

"A solução para a impotência da tutela jurisdicional civil em tais hipóteses seria a adoção de instituto semelhante ao de ***contempt of court*** *do direito inglês, em que o descumprimento de ordem judicial pode ser sancionado com a* ***prisão civil.*** *Deixando de lado a repulsa que a alguns juristas ocasiona essa solução, é de se reconhecer a existência, em nosso sistema, de sanções semelhantes, tal como sucede com os arts. 35 e 69, § 5º, da Lei de Falências.*[126] *São evidentes as vantagens desse instituto não apenas no concernente à efetividade da prestação jurisdicional, como também para o próprio devedor inadimplente, que pode arredar a incidência da sanção civil mediante simples conduta sua, rapidamente aferida pelo juiz civil. ... Contra eventuais excessos na aplicação dos meios indiretos de coerção pessoal no plano civil, o sistema processual aparelhou vários instrumentos céleres e idôneos para os arredar, como o 'habeas corpus' e o mandado de segurança. Assim, diferentemente do que ocorre em outros sistemas jurídicos, não há porque temer abusos nesse particular."*[127]

Kazuo Watanabe lecionando sobre a tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer alerta sobre a diferença *que existe entre o sistema da* ***civil law*** *a que pertencemos e o sistema da* ***common law****, no que diz respeito à jurisdição.*

" No sistema continental, da ***civil law****, a desobediência ou o descumprimento da ordem do juiz são vistos mais como uma*

---

[125] Dinamarco, Cândido Rangel. *O futuro do Direito Processual Civil*, p. 17.

[126] É de se referir também ao art. 885 do Código de Processo Civil, que reza: "O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução. Parágrafo único. O juiz mandará processar de plano o pedido, ouvirá depoimentos se for necessário e, estando provada a alegação, **ordenará a prisão.**"

[127] Armelin, Donaldo. *O processo civil e a tutela do meio ambiente no sistema jurídico nacional*, p. 3.

> *ofensa ao direito da parte contrária, ao passo que* ***no sistema anglo-saxão, a desobediência à ordem do juiz é considerada embaraço ao exercício da jurisdição.*** *Portanto, eles consideram isso como atentado à dignidade da Justiça e têm, por isto, um instituto denominado 'Contempt of Court', que pode trazer, inclusive, conseqüências penais, de* ***constrição da liberdade pessoal".***

Mas ao mesmo tempo em que faz este alerta, Watabane expressa sua percepção de que *"o nosso sistema começa a se aproximar bastante da 'common law'*, e que há *"um grande esforço no sentido da concepção de provimentos mais efetivos, eficazes e adequados, porque processo é um instrumento, e como tal deve ter efetividade para a tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos."*.[128]

Luiz Guilherme Marinoni escrevendo sobre a reforma do CPC e a efetividade do processo, afirma:

> *"No direito continental europeu, quando se discute a execução das obrigações não-patrimoniais, nota-se que a doutrina tem uma grande dificuldade de imaginar medidas processuais realmente idôneas para a obtenção da realização do direito e percebe-se que também as medidas de coerção indireta – onde existem – resultam geralmente em um paliativo que não leva a ordem do juiz a produzir o efeito prático desejado."*, já *"o direito anglo-americano, através da 'equity', tem criado instrumentos adequados às reais necessidades de tutela. A 'injunction', ao impor a 'specific performance' da obrigação de fazer ou de não fazer, bloqueia a eventualidade substitutiva do ressarcimento do dano derivado do inadimplemento. Nesse caso, ou se recorre a formas de execução específica por sub-rogação, quando for possível, e quando a Corte o julga oportuno, ou a execução é deixada ao obrigado, que, em caso de inadimplemento, é punível a título de 'contempt of Court'."*

E, ao se referir especificamente ao art. 461 do nosso diploma processual, conclui:

> *"**Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada**. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao*

---

[128] Watanabe. Kazuo. *Tutela antecipada e especifica e obrigações de fazer e não fazer.*

> *adimplemento.* ***Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflitivos concretos, está igualmente obrigado a usar dos meios necessários para que as suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado.*** *Não se diga que esta prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois se tal fosse verdade não se compreenderia a razão para a admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de processo, como instrumento posto à disposição das partes, é que encobre a evidência de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico.* ***Se o processo é, de fato, instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando está em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida."***[129]

Rogéria Fagundes Dotti[130], ao enfrentar a discussão da hipótese de prisão civil para a desobediência à ordem judicial, frente à garantia constitucional do art. 5°, LXVII, da CF, assim se posiciona:

> *"A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5°, LXVII, prevê que: 'não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel'. Tal dispositivo constitucional levou vários processualistas a se posicionarem contra a adoção de meios de coerção pessoal para o cumprimento das ordens judiciais, afirmando se tratar de medidas claramente inconstitucionais. Se não existe prisão civil por dívida, à exceção dos dois únicos casos constitucionalmente previstos, como se poderia permitir um alargamento?*
> *Inadmissível no 'devido processo legal' brasileiro a adoção da prisão nestas hipóteses.*
> ***Ocorre porém, que a situação que se está a analisar é absolutamente diversa.*** *De fato, não é possível ampliar os casos de prisão civil por* ***dívida.*** *Todavia,* ***o que se pretende é a adoção de pena de prisão em face da desobediência clara e injustificada da ordem judicial.*** *Não se está a defender a prisão por dívida, mas a prisão por qualquer forma de*

---

[129] Marinoni, Luiz Guilherme. *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer).*
[130] Dotti, Rogéria Fagundes. *A crise do processo de execução,*

inadimplemento obrigacional, desde que a tal conduta esteja o demandado obrigado por força de decisão (mandamento) judicial...
O intuito, portanto, não será garantir apenas o direito do credor (o que ocorrerá de forma secundária), mas assegurar a imperatividade e relevância da própria aplicação jurisdicional do direito.
Não se trata de mero jogo de palavras. Tanto é assim que se o devedor não efetuar o pagamento de uma dívida, por exemplo, em decorrência de efetiva impossibilidade, não estará sujeito à prisão pois em tal caso não se terá caracterizado a desobediência injustificada à ordem."

Cresce cada vez mais o número de doutrinadores que entendem que o poder de punir o desrespeito à ordem judicial é algo indispensável para que se possa exercer de fato a jurisdição em seu sentido social e material.

A distinção feita por Rogéria Dotti é importantíssima, porque a aplicação do 'contempt of Court' não se refere à prisão por dívida, ou seja, não se refere àquela prisão em que a pessoa é presa por não ter como pagar a dívida, como ocorria em tempos idos[131], mas sim, à prisão por desobediência, ou seja, aquela em que o devedor tem plenas condições de cumprir sua obrigação, mas não a cumpre por mero capricho, por obstinação desarrazoada, ou seja, porque não quer respeitar a decisão judicial. Esta prisão não afronta o contido no art. 5°, LXVII da Constituição Federal.

Mas não é só a doutrina que vem avançando neste sentido, também a jurisprudência está começando, embora mais lentamente, a trilhar este mesmo caminho.

Pelo seu pioneirismo e riqueza de fundamentação são importantes a citação e a transcrição do acórdão proferido no HC 13/97, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), datado de 6 de agosto de 1997, que tem como relator o juiz José Roberto Freire Pimenta.

Diz a ementa:

"Habeas corpus preventivo. Tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC).

---

[131] Mas que ocorre ainda, e isto sim de forma injustificável, por se constituir num privilégio em favor do poder econômico, com a prisão do alienante fiduciário inadimplente, nos termos do Decreto-lei 911, de 1° de outubro de 1969. Ora, o princípio republicano, que é o que adotamos, não se compatibiliza com privilégios; os únicos privilégios admissíveis são aqueles que visam a diminuir as diferenças econômicas, sociais ou culturais do povo. No caso do Decreto-lei 911 o privilégio instituído em favor das instituições financeiras não visa a diminuir, mas a aumentar as diferenças econômicas da nossa sociedade, por esse motivo é inadmissível.

Cominação de pena de prisão do destinatário do comando sentencial, em caso de seu descumprimento.

O novo artigo 461 do CPC, introduzido pela Lei n. 8.952/94, veio possibilitar a eficaz e pronta tutela antecipada e definitiva das obrigtações de fazer e não fazer, priorizando sua ***execução específica.*** *Para tanto autorizou o Julgador a emitir provimento mandamental, podendo determinar, de ofício, ou a requerimento da parte, todas as medidas necessárias capazes de assegurar a tutela específica do direito do autor ou obtenção do resultado prático equivalente, inclusive cominando sanções contra a liberdade pessoal do renitente destinatário do comando sentencial. Em tais circunstâncias,* ***a cominação de prisão em flagrante, pelo próprio Juiz que prolatou a sentença, daquele que descumprir a ordem judicial, que foi regularmente proferida de acordo com o devido processo legal, não enseja a concessão de 'habeas corpus'.*** *O respeito e o acatamento às decisões judiciais é pedra angular do estado Democrático de Direito."*

São os seguintes o relatório e a fundamentação:

Trata-se de 'habeas corpus' preventivo, com pedido de liminar, requerido em favor de ... De acordo com a peça de interposição, os pacientes, na qualidade de Presidente e Vice-Presidente, respectivamente, do Banco ..., teriam sido alvo de coação ilegal, através de ameaça de prisão por crime de desobediência contida na sentença proferida em 17/06/97 pela 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Juiz de Fora na reclamação trabalhista que ..... e outros moveram contra aquele Banco e a ....., em caso de descumprimento da obrigação de não fazer decorrente da tutela antecipada nela concedida.
Alega em síntese o impetrante que o descumprimento daquela obrigação de não fazer, ainda que possa em tese caracterizar o crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal, não autoriza a imediata prisão dos pacientes pelo próprio Juízo que a proferiu, o que implicaria supressão do devido processo legal e em imposição camuflada de prisão civil por dívida, afrontando os incisos LIV e LXVII do artigo 5º da Constituição da República. Acrescenta que a multa pecuniária diária também cominada naquela decisão trabalhista para o caso de seu descumprimento por si só também impediria a aplicação cumulativa daquela sanção criminal. Pleiteou a concessão liminar e definitiva de salvo-conduto para que os pacientes possam continuar na administração daquele

Banco sem risco de serem presos caso este 'não cumpra a sentença da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Juiz de Fora' (sic – fl..).
..., não concedi a liminar requerida.
O d. Ministério Público do Trabalho manifestou-se em parecer escrito ..., pela concessão da medida.
....
A despeito dos bem lançados argumentos da peça inicial e do parecer ministerial, entendo que à luz das recendentes modificações introduzidas no Código de Processo Civil em relação à tutela antecipada e específica das obrigações de fazer e não fazer pela Lei nº 8.952, de 13/12/94, inexiste na sentença objeto do presente 'habeas corpus' preventivo a coação ilegal que ensejaria sua concessão.

Revela a própria peça inicial que o Banco dirigido pelos pacientes, depois de assegurar por longos anos o pagamento de complementação de aposentadoria vitalícia, ... decidiu unilateralmente alterar para pios as condições de sua concessão, passando a exigir de cada um de seus mais de 3.200 aposentados sua adesão expressa e individual ao novo regulamento, como condição da manutenção daquela complementação e dos correlatos benefícios de assistência médica, ou seu imediato desligamento de todo o plano, mediante o pagamento antecipado do valor estimado de sua aposentadoria móvel vilatícia.

Cinco daqueles aposentados ajuizaram reclamação trabalhista ... pretendendo a tutela antecipada e preventiva de seu direito a que os demandados continuassem praticando as normas regulamentares de concessão daquele benefício que já se havia incorporado em definitivo a seu patrimônio jurídico. Aquele Colegiado ... confirmou a tutela antecipada e preventiva antes liminarmente concedida, determinando que os reclamados se abstenham de colocar em prática qualquer nova disposição regulamentar modificativa dos critérios disciplinares da ..., mantendo-se as regras vigentes até agora, sob pena de pagamento de multa pecuniária diária em favor de cada reclamante, no valor ali fixado, e sem prejuízo da execução das diferenças de complementação. Ao mesmo tempo deixou expresso que, ***em caso de sustação ou diminuição daquele benefício, os responsáveis legais pela direção dos demandados serão presos, pela prática de crime de desobediência capitulado no artigo 330 do Código Penal*** *– o que ensejou o presente 'habeas corpus' preventivo.*

Cumpre deixar bem claro que não se trata, aqui, de julgar se o MM. Juizo de origem ... deveria ou não ter concedido a tutela antecipatória. ... ***Nos presentes autos, impõe-se apenas examinar se o Juízo que conceder em sentença a tutela antecipatória de uma obrigação de não fazer pode determinar a prisão imediata do destinatário do comando judicial em caso de seu descumprimento***
e se, no caso em tela, foi necessária e justificada esta drástica cominação.

Até há alguns anos atrás, em todos os países filiados ao denominado 'sistema romano-germânico do Direito', como é o caso do Brasil, a resposta seria sempre negativa. Em sua obra clássica ***Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)****, elaborada na década de sessenta, o ilustre jurista e professor francês RENE DAVID, ao contrastar a estrutura do direito daqueles países com a dos países integrantes da família do 'common law', salientava a maior relevância dada por estes à eficácia das decisões da justiça: '(...)* ***parece inconcebível a um inglês que a autoridade judicial seja ridicularizada, como pode acontecer nos países da família romano-germânica****, onde o indivíduo condenado a pagar uma soma de dinheiro pode viver na opulência sem revelar aos seus credores onde tem bens e donde vêm os seus recursos, onde uma autoridade administrativa pode, sem incorrer em nenhuma responsabilidade real, recusar-se a assegurar a força pública para a execução duma decisão: o jurista inglês não concebe como é que, em certos países, um novo processo possa mesmo ser necessário para se proceder à execução duma decisão da justiça tornada definitiva. O rigor e a eficácia das vias de execução inglesas impressionam o jurista do continente europeu.* ***Em Inglaterra não se admitirá que um particular, menos ainda uma autoridade administrativa, ridicularize assim a justiça: ele iria imediatamente refletir, numa prisão, sobre o inconveniente de desprezar as ordens dadas pelo tribunal. O contempt of Court é uma instituição fundamental que exprime a concepção inglesa do direito'.*** *(Ed. Meridiano, Lisboa, 2ª ed. pp. 377/378.)*

MICHELE TARUFFO, em seu artigo de 1988 'L'attuazione esecutiva dei diritti – Profili comparatistici', citado pelo i. professor e processualista civil paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI (em sua obra ***Efetividade do Processo e Tutela de Urgência****. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994, p. 49), observa a esse mesmo respeito que a 'injunction' do Direito anglo-americano tem, na verdade, o efeito típico de impor a 'specific performance' (isto*

é, a execução específica) da obrigação de fazer ou de não fazer e, logo, de bloquear a eventualidade substitutiva do ressarcimento do dano derivado do inadimplemento. Por conseqüência, ou se recorre a formas de execução específica por sub-rogação, quando for possível e quando a Corte julgar oportuno, ou a execução é deixada ao obrigado que, em caso de inadimplemento, é punível com a privação de sua liberdade a título de 'contempt of Court'.

Ocorre porém que, nas últimas décadas, o direito Processual dos países da família romano-germânica passou por significativo processo de modernização, tendo como declarado paradigma o sistema anglo-americano acima descrito e visando a criação de mecanismos processuais mais ágeis e eficazes para a tutela específica e adequada de direitos materiais que, por sua natureza, eram na prática anulados pela demora inevitável que o procedimento ordinário e a sentença condenatória dele decorrente acarretavam para seu exercício.

*Resgatando uma das clássicas definições de CHIOVENDA ('a duração do processo não deve causar dano ao autor que tem razão'), a doutrina processual contemporânea passou a reconhecer que ainda que o autor possa obter, através da execução, o bem da vida perseguido, a demora na sua obtenção é, por si só, fonte de dano, decorrente estritamente da dilação temporal do processo (como acentuado na Itália por ITALO ANDOLINA, em sua obra 'Cognizione ed esecuzione forzata nel distema della tutela giurisdizionale', Giuffré, Milano, 1983, p. 20). Citando o referido autor, e nessa linha de raciocício, o mesmo LUIZ GUILHERME MARINONI, em sua obra mais recente, é lapidar sobre os fundamentos éticos e jurídicos da tutela antecipada: 'Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem! É preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar. Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo'. (**Tutela Antecipatória, Julgamento antecipado e**

Execução Imediata da Sentença, *Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pp. 22/23).*

Diante da crescente inadequação do processo comum tradicional e do aparelho judiciário para enfrentar e coibir as macro lesões aos direitos individuais e interesses difusos características das modernas sociedades de massas, o Direito Processual Civil dos países da Europa Continental passou a falar cada vez mais de uma 'crise do processo executivo', passando a buscar mecanismos alternativos para a prevenção dos conflitos, de um lado, e a proteção imediata e eficaz dos denominados 'direitos evidentes', de outro.

Paralelamente, resgatou-se e ganhou prioridade outro clássico ensinamento de CHIOVENDA de que 'o processo deve dar a quem tem um direito, tanto quando seja praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo a que ele tem o direito de conseguir' ***(Saggi di Diritto Processuale Civile****, Roma, 1930, v. 1, p. 110). Tal noção já havia sido admiravelmente explicada e desdobrada em suas conseqüências práticas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em seu artigo 'A tutela específica do credor nas obrigações negativas', publicado no final da década de 70: 'Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento jurídico quer é que os deveres e obrigações se cumpram* ***tais quais são. Se a alguém é dado pretender, segundo o Direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que espera da abstenção – essa utilidade, e não outra, equivalente que seja, ou inculcada como tal.*** *E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro:* ***se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado'*** *(in* ***Temas de Direito Processual – Segunda série****, Saraiva, SP, 2ª ed., 1988, pp. 31/32).*

Como bem demonstrado por ADA PELLEGRINI GRINOVER (em seu artigo 'Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer', LTr, 59-08/1026-1033, para a concretização dessa idéia central foi gradativamente abandonada a antiquada noção de que, em caso de recusa do devedor a cumprir sua obrigação de fazer ou de não fazer, somente seria possível sua condenação ao pagamento

resultante de sua conversão em perdas e danos – ao invés, abandonou-se o mero dogma da intangibilidade da vontade humana e passou-se a reconhecer o direito do credor de obter a execução específica da obrigação, seja através da sub-rogação do sujeito, se possível, seja através da chamada 'execução indireta', através da utilização dos denominados meios de pressão psicológica sobre o devedor para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação (através, por exemplo, da imposição de multas pecuniárias, uso de força policial ou prisão do inadimplente, por 'contempt of Court'). A i. processualista paulista informa que a moderna ciência processual européia hoje já reconhece e proclama que a única forma de atuação possível na condenação às obrigações de fazer ou não fazer é constituída pela imposição de medidas coercitivas com o objetivo de estimular o adimplemento do obrigado.

Em uma perspectiva mais ampla, passou-se também a proclamar que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, ***não assegura apenas o mero acesso aos tribunais, mas também a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça*** *(ADA PELLEGRINI GRINOVER), 'Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer'). Na mesma ordem de idéias, LUIZ GUILHERME MARINONI assim se pronuncia: 'Há, no nosso modo de ver, direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que possa realizar a ação (= o agir) que seria realizada – não fosse ter sido proibida – pelo particular em um dado caso conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual, e, em caso de procedência, realize o verbo (= a ação) nela indicado. (...) A toda afirmação de direito deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada'. (**Novas Linhas do Processo Civil,** 2ª ed., Malheiros Editores, SP, 1996, P. 123).*

Em conseqüência, o Direito positivo dos países europeus passou cada vez mais a adotar mecanismos de tutela antecipada, conforme bem exposto pelo i. mgistrado e professor mineiro ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (em sua obra ***Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro,*** *1ª ed., 2ª tiragem, Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 22 e seguintes). Na França, foram introduzidas as chamadas 'Ordonnances de référé', de início através de norma isolada de 1973 e depois incorporadas em seu novo Código de Processo Civil. Dentre outras possibilidades, está autorizada a concessão de tal provisão antecipatória ao credor se não houver*

séria contestação à obrigação reclamada, ainda que de fazer, permitindo-se sua execução provisória logo ao início ou no decorrer do feito (sendo significativa a informação de ROGER PERROT, em sua obra ***Les mesures provisoires en Droit français****, de que os resultados do sistema de 'provision' foram benéficos, pois deixando o réu de ter do seu lado a demora do processo, foram desencorajadas as defesas e os recursos abusivos e, com isso, os maus litigantes, que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo, esperando arrancar concessões de seus adversários – 'apud' MARINONI,* ***Novas Linhas do Processo Civil****, 2ª ed., Malheiros Editores, 1996, p. 138).*

Na Alemanha, também foram introduzidos no Código de Processo Civil (ZPO) preceitos autorizadores da tutela antecipada, sendo que seu parágrafo 940 prevê a concessão de medida com fim de regulação temporária da relação ou situação jurídica controvertida, se 'necessária para evitar prejuízos substanciais ou impedir ameaça de violência ou por outros motivos'. MONIZ DE ARAGÃO (em seu artigo 'Alterações do Código de Processo Civil, tutela Antecipada, Perícia' publicado na obra coletiva ***Reforma do Código de Processo Civil****, coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, SP, 1996, p. 235) noticia que a jurisprudência dos tribunais alemães, em interpretação liberal dos textos de lei que autorizam a concessão de alimentos provisionais, veio a admitir que medidas cautelares fossem empregadas com finalidade satisfativa, em condenação provisória, quando referentes a prestações periódicas destinadas à subsistência do credor, o que também fazem os tribunais austríacos.*

Na Itália, desde 1942 foi introduzido no Código de Processo Civil novo artigo 700 que autoriza, a título de medida cautelar e caso haja fundado receio de que a demora do processo comum venha a causar dano irreparável ao direito vindicado, a concessão pelo juiz de provimento de urgência, para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito. Em recente alteração legislativa, foi introduzida no Direito Processual italiano a 'ingiunzione', nitidamente inspirada nas já descritas 'injunctions' do Direito anglo-americano.

Todas essas medidas antecipatórias concedidas pelos juízes europeus, todavia, ***não têm e nem podem ter a estrutura típica e tradicional da sentença condenatória.*** *É que esta, por definição, não é capaz de operar por si só no mundo material, em relação ao qual possui natureza meramente declaratória (limitando-se apenas a constituir o título executivo que será o objeto de outro processo, o de execução, no qual efetivamente deverá ser*

satisfeito o direito por ela declarado, como consta do clássico ensinamento de LIEBMAN em sua obra ***Processo de Execução,*** *5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1986, pp. 15/19) – razão pela qual a moderna doutrina italiana passou a apontar sua inadequação para a proteção das situações conflitivas próprias da sociedade contemporânea, que exigem soluções mais rápidas e eficazes. Assim, para tais casos passou-se a autorizar a concessão de provimento reconhecidamente mandamental,* ***através do qual o Juiz dá ordens às partes, que devem ser por elas cumpridas, pura e simplesmente. Como, porém, a sentença mandamental, se destituída de meios coercitivos suficientes à imediada imposição da ordem, valeria quase nada, os sistemas romano-germânico de direito passaram a importar os instrumentos específicos do Direito anglo-americano (as 'injunctions' e as punições a titulo de 'contempt of Court').***

Tendo o Direito Comparado como pano de fundo e atendendo à exposição pioneira do notável processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (em seus artigos do final da década de 70 'Tutela sancionatória e tutela preventiva' e 'Tutela específica do credor nas obrigações negativas', inseridos em sua já citada obra ***Temas de Direito Processual – Segunda série,*** *pp. 25/29 e 30/48), o Direito positivo brasileiro passou a admitir a tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer, inicialmente de forma localizada (no artigo 11 da Lei nº 7.347/85 que veio disciplinar a ação civil pública, no artigo 213 da Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, e no artigo 84 da Lei nº 8.078/90, que aprovou o Código de Defesa do Consumidor), mas depois de forma geral, no bojo das recentes e significativas reformas do Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei nº 8.952, de 13/12/94.*

Esta modificação legal, em síntese, acolheu tudo aquilo que a moderna doutrina nacional e estrangeira preconizava a respeito de assegurar, na prática, o princípio da efetividade e adequação da tutela jurídica processual. Assim, o novo artigo 273 do Código de Processo Civil veio autorizar a concessão pelo juiz, a requerimento da parte, da antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial desde que haja prova dos fatos, seja verossímil a alegação e haja 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação' ou 'fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu'. Ao mesmo tempo, o novo artigo 461 do mesmo Código deu tratamento amplo e adequado ao tema da tutela específica e antecipatória das obrigações de fazer e não fazer ...

Interpretando esse novo dispositivo legal, a doutrina processual brasileira unanimemente concluiu que o provimento judicial nele autorizado tem natureza necessariamente ***mandamental*** *e não apenas condenatória.*

LUIZ GUILHERME MARINONI observou com propriedade, a esse respeito, que não seria suficiente ao autor a condenação, pois o juiz, quando condena, não obriga, mas apenas exorta. ***O réu condenado não fica obrigado perante o juiz, ao contrário do que ocorre na hipótese de ordem****, quando o réu, em caso de descumprimento, pode ser pressionado, através da multa, ao adimplemento.* ***Apenas o réu que descumpre a ordem comete insubordinação à autoridade estatal****; o réu que não cumpre a sentença condenatória continua apenas civilmente obrigado.*

Chegando à mesma conclusão, o eminente processualista gaúcho OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (em seu artigo 'Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer', publicado na obra coletiva ***Inovações do Código de Processo Civil****, Livraria do Advogado, Ed., Porto Alegre, 1997, p. 176 e segs.) é incisivo ao afirmar que 'a ação que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução diferida'. Depois de acentuar que a sentença condenatória por definição não tem elemento imperativo e este está claramente presente na autorização concedida ao Juiz pelo preceito legal acima (referido) para* ***determinar*** *as medidas necessárias para a tutela específica daquelas obrigações, o i. jurista identifica a origem interdital romana desse dispositivo e o classifica como típico exemplo de ação e provimento mandamentais, de natureza idêntica à pretensão e ao provimento judicial característicos do mandado de segurança.*

*É essa também a conclusão do eminente processualista e desembargador paulista KAZUO WATANABE (reconhecidamente o redator do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor que, por sua vez, foi reproduzido sem qualquer modificação pelo referido artigo 461 do Código): 'Não se afigura exagerado afirmar-se que nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da 'injunction' do sistema da 'common law' e à ação inibitória do direito italiano'. (****Comentários ao Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autos do anteprojeto****. 3ª ed., São Paulo, p. 525.)*

Trazendo todas essas considerações para o caso em exame, pode-se concluir que o i. Colegiado de origem aplicou corretamente a letra e o espírito do artigo 461 do CPC, de inquestionável aplicação subsidiária ao processo do trabalho, à vista do disposto no artigo 769 da CLT.

(...)

Passsando ao exame da questão central da presente medida, considero que, ***se a natureza do provimento judicial antecipatório decorrente da aplicação do artigo 461 é mandamental, não se pode 'a priori' negar a possibilidade de o próprio Juiz que o emitiu determinar a imediata prisão do destinatário que descumprir a ordem, caso considere que as demais medidas sancionatórias e sub-rogatórias por ele cominada não serão suficientes para assegurar a tutela específica do direito do autor.*** *Tal medida, se indispensável para levar o destinatário do comando sentencial a seu pronto e completo acatamento, não é ilegal – ao contrário, está ela expressamente autorizada pelo § 5º do art. 461 do CPC antes dito, que permite ao julgar determinar todas e quaisquer medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, mencionando expressamente, a título* ***exemplificativo****, a 'requisição de força policial'. E, portanto, não ofende o princípio constitucional do devido processo legal invocado pelo impetrante, sendo, na verdade, um desnecessário desdobramento dele do ponto de vista dos autores, que fazem jus a uma tutela específica, plena e eficaz de seus direitos ameaçados.*

Advertindo que 'inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes', CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (em seu artigo 'Nasce um novo Processo Civil', na já citada obra coletiva ***a Reforma do Código de Processo Civil****, pp. 13/14), ao examinar a possibilidade da expressa autorização do emprego da força policial, observa lucidamente que 'a coerção racional e proporcionada não é incompatível com as garantias liberais do Estado de Direito'.*

Pronunciando-se especificamente sobre a efetivação da tutela antecipada, o magistrado e professor LUIZ FUX, após relembrar que o § 5º do artigo 461 do CPC previu a utilização de todos os meios necessários pelo juiz para a implementação da tutela específica, é expresso ao concluir que 'caracteriza-se

desobediência o descumprimento da ordem contida no provimento antecipado, porque é da essência deste a mandamentalidade como instrumento viabilizador da antecipação dos efeitos do provimento final'. A seguir preconizando a adoção plena, entre nós, da 'contempt of Court' como meio moralizador no cumprimento das decisões judiciais, observa com propriedade: 'impõe-se solidificar a versão de que no plano extrajudicial a negação ao direito atinge a parte e só a ela. Entretanto, ***após o desfecho judicial, o descumprimento é ao decidido pelo Estado, e a resistência às decisões Judiciais, inclusive às antecipatórias lavradas diante de um estado de periclitação, revelam flagrante atentado à dignidade da justiça.*** *Ademais, a possibilidade de descumprimento da tutela antecipada torna* ***letra morta o instrumento em prestígio à recalcitrância do vencido'*** *(em* ***Tutela de Segurança e Tutela de Urgência – fundamentos da Tutela Antecipatória****, ob. cit. p. 359).*

Examinando a mesma questão, LUIZ GUILHERME MARINONI é igualmente conclusivo no sentido de que **em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada**, conforme já se mencionou anteriormente quando da exposição da doutrina.

(...)

O que até aqui se acabou de expor já seria suficiente para desacolher as alegações do impetrante de que não seria possível a aplicação aos pacientes, pelo próprio Juízo do Trabalho, de sanção ***penal*** *pelo descumprimento da sentença antecipatória em questão – se a prisão é civil e sua aplicação está prevista virtualmente (se não expressamente) no § 5º do artigo 461 do CPC, inexistirá qualquer ilegalidade em sua pronta determinação e aplicação, tão logo fique comprovado o descumprimento do comando sentencial pelos seus destinatários.*

Contudo, o próprio Juízo apontado como coator fez remissão expressa ao crime de desobediência capitulado no artigo 330 do Código Penal, o que se revela compatível com o entendimento do mesmo i. jurista KAZUO WATANABE, que deixa claro que, neste caso, o descumprimento da ordem judicial contida na sentença que deferir a tutela antecipatória poderá, se necessário, autorizar a imediata ***prisão em flagrante*** *do infrator: 'O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer*

configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. ***Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante****, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente.* ***Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5°, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência. É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição de prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito****. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia para a transformação do alienante-fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil) em depositário em favor do alienatário-fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas não se tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para àquele que desobedece à ordem legítima do juiz.* ***Os sistemas alemão e austríaco*** *permitem a imposição da sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do* ***Contempt of Court*** *admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado'. (No mesmo artigo e obra citados, pp. 46/47.)*

Diga-se com todas as letras: ***é exatamente nos países em que o respeito ao 'due process of law' teve origem – e ocupa ainda hoje seu devido lugar de destaque (Estados Unidos e Grã-Bretanha) – onde as medidas acima descritas (ligadas ao instituto do 'contempt of Court') são mais difundidas e praticadas, sem que ninguém cogite da incompatibilidade entre as duas figuras. Por que em nosso país seria diferente?***

Nessa mesma ordem de considerações, não é verdadeiro que a prática do crime de desobediência capitulado no artigo 330 do Código Penal não autorize a prisão em flagrante do infrator. A título de simples mas expressivo exemplo, relembre-se que o próprio parágrafo único do artigo 656 do Código de Processo Penal, ao tratar da hipótese do descumprimento, pela autoridade apontada como coatora, da ordem de apresentação do preso ao juiz que receber a petição de 'habeas corpus', caracteriza tal conduta como ***desobediência*** *e determina a imediata expedição de mandado de prisão contra o detentor.*

Ademais, como no caso em exame, o descumprimento do dever de abstenção (ou da obrigação de não fazer) – objeto da sentença em exame – seria ***duradouro****, pois caracterizado por abstenções idênticas e reiteradas a cada mês (no caso do não pagamento ou pagamento a menor das complementações de aposentadoria), será este um típico caso de* ***'infração permanente'*** *na qual, nos precisos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal,* ***'entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência'****. Ou seja, enquanto os destinatários do comando sentencial continuarem a descumprir a ordem de abstenção contida na sentença mandamental proferida, poderão eles ser presos em flagrante por mandado expedido pelo próprio Juízo que a proferiu, na estrita forma da lei. Posteriormente, poderá ter curso normal o processo criminal correspondente, perante o juízo competente.*

(...)

Para encerrar, não se pode deixar de invocar as palavras finais de advertência de KAZUO WATANABE sobre o tema em questão, em tudo aplicáveis ao caso presente: 'Pelo que ficou acima exposto, as inovações correspondentes aos arts. 273 e 461 são particularmente importantes para se propiciar, em obediência ao princípio constitucional da proteção judiciária corretamente interpretado, uma tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos. ***É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de reverter as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as conseqüências possíveis para a modernização do nosso processo civil.****" (Ob. cit., p. 48.)*

Exatamente no mesmo sentido é a conclusão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, na mesma obra coletiva: ***"Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e de seus comandos". (Nasce um Novo Processo Civil,*** *ob. cit., p. 14). ..."*[132]

[132] O 'habeas corpus' preventivo foi denegado por maioria de votos.

XXV – A multa contra a pessoa física do administrador público e a possibilidade de sua substituição por um administrador público 'ad hoc' especialmente designado para cumprir a ordem judicial.

Em caso de aplicação da 'astreinte' para obrigar a autoridade pública a cumprir ordem judicial, sobre quem deve recair a multa? Sobre o órgão público ou sobre a pessoa física do administrador?

Recentemente, em razão do descumprimento por parte do Governo do Estado do Paraná, de ordem judicial originária de mandado de segurança, o des. Gil Trotta Telles aplicou uma multa a ser paga pela pessoa física do Governador do Estado.[133]

Entretanto alguns defendem que a multa deve ser imposta ao órgão público, porque o administrador público não age em nome próprio, mas como representante do órgão. Este argumento não prospera, porque a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal mas sim em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso;[134] seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele.

O Superior Tribunal de Justiça já confirmou decisão que impunha multa pecuniária pessoal à autoridade impetrada. Do texto do aresto colhem-se as citações seguintes:

> "No Estado de direito democrático todos, administradores e administrados, sem exceção alguma, são serventes à lei e às decisões judiciais, tanto assim que a Constituição Federal erige como crime de responsabilidade do Presidente da República

---

[133] Mandado de Segurança n. 70.088-5, de Curitiba. Data da decisão: 15 de outubro de 1999.

[134] Art°s. 34, VI e 35, IV da Constituição Federal.

atentar contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais (art. 85, VI)."

> **"A responsabilidade pelo cumprimento da ordem judicial é pessoal do agente,** por meio de quem se exterioriza a pessoa jurídica, razão pela qual pela desobediência haverá também de ser **pessoalmente responsabilizado, mesmo com a imposição de sanção de natureza pecuniária."**[135]

Neste mesmo aresto decidiu-se outra questão muito interessante. Uma juíza federal, num mandado de segurança, determinou a um Delegado Regional do Banco Central que efetuasse determinado depósito judicial, no que foi desobedecida. Após vários incidentes processuais aquela autoridade judiciária proferiu despacho no sentido de que se sua ordem não fosse cumprida nomearia administrador judicial para a prática do ato determinado na liminar.

Contra esta determinação insurgiu-se o Banco Central alegando que a nomeação de um Delegado Regional *ad hoc* configuraria indevida ingerência na esfera da Administração Pública.

Neste ponto o relator do processo, Ministro Américo Luz, ficou com a sugestão alvitrada no parecer da Procuradoria Geral da República, assim posta:

> *"... Acontece que para fazer cumprir a ordem liminar, a il. Juíza houve por bem designar um administrador judicial para que, em substituição à autoridade competente do Banco Central, ingresse ali, intrometa-se no setor competente e retire o numerário suficiente e efetive o depósito reclamado.*
> *Induvidosamente, aí extrapolou a il. Juíza os limites da lei a que todos nós, julgadores e jurisdicionados, devemos observância. A medida de substituir o agente do poder público por um administrador ad hoc é abusiva por não encontrar suporte em autorização legal. Este não é o meio regular de fazer cumprir uma ordem judicial. Impertinente e descabido invocar o preceituado no art. 677, do Código de Processo Civil, pelo qual 'quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 dias a forma de administração.'. (....)*

O voto do Ministro Relator que afastou a ordem de substituição do administrador público por um *ad hoc* foi acompanhado pelos votos dos Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Peçanha Martins e Demócrito Reinaldo; numa primeira intervenção o Ministro Humberto Gomes de

---

[135] Conflito de atribuições n. 46-9 – São Paulo (95.29495-8). Relator: Ministro Américo Luz.

Barros, acompanhou o Ministro Relator, porém fazendo a seguinte anotação: *"acompanho o Eminente Relator, mas com uma anotação de tristeza: é a constatação de que no Direito Brasileiro os* ***atos judiciais são ineficazes quando se trata de executar o Estado,*** *... esta liminar, simplesmente, torna-se inexequível...."*, entretanto após ouvir o voto do Ministro Milton Luiz Pereira em sentido contrário, ou seja, no sentido de não conhecer do conflito de atribuições, retificou o seu voto para acompanhá-lo; seguiu na mesma direção o Ministro Cesar Asfor Rocha. A decisão foi, portanto, de quatro votos contra três.

Em que pese a posição da maioria, entendo que a substituição do administrador público, se fosse a única alternativa válida para o cumprimento da liminar, encontra apoio no art. 461, § 5° do Código de Processo Civil que autoriza o juiz a determinar as medidas necessárias para a obtenção do resultado prático pretendido. Esta determinação só poderia ser considerada equivocada se existisse, no caso, outra alternativa menos drástica, para se alcançar o objetivo. Quando o legislador usou a expressão 'medidas necessárias', deu ao julgador amplas possibilidades para a adoção daquelas medidas que se mostrassem adequadas e indispensáveis para a solução do impasse. A alegação de que haveria uma ingerência indevida do Poder Judiciário na Administração Pública não pode prosperar, porque a Administração Pública está sujeita ao controle do Poder Judiciário e este controle não deve ser apenas formal, mas também material, efetivo. Se o Poder Judiciário pode afastar um administrador público, que é o mais, também pode determinar sua substituição provisória, que é o menos, por um *ad hoc*, para garantir o cumprimento de uma ordem judicial.

XXVI – O processo de construção da norma.

Enquanto o texto legal é fruto do trabalho legislativo, a norma jurídica é o resultado do labor do intérprete, portanto, quem cria a norma é o juiz, como intérprete autêntico, e não o legislador.

A norma jurídica difere da lei porque esta é o texto e aquela é a contextualização do texto, por essa razão a lei é uma parte daquele todo que se constitui a norma.

Na contextualização, ou seja, na construção da norma, o intérprete utiliza-se de vários elementos, quais sejam, partindo-se da alínea analisa-se o inciso, do inciso caminha-se em direção ao parágrafo e deste ao artigo, o qual por sua vez deve ser lido em harmonia com a seção em que estiver inserido e esta em relação ao Capítulo; do Capítulo o intérprete segue para o Título e deste para o Livro. Feita esta caminhada inicial, analisa-se o Livro dentro do Código. A leitura do Código deve levar em conta os princípios gerais daquele ramo do direito, ou seja, princípios gerais, explícitos ou implícitos, infra constitucionais. Mas o trabalho do intérprete não pára aí, pois os diversos ramos do direito não são independentes, mas se interligam; o intérprete deve realizar o trabalho de integração entre eles. Como se isto não bastasse, deve ainda o intérprete fazer a análise sob a ótica do direito constitucional, dado o princípio da primazia da Constituição.

Para se entender o que significa o princípio da primazia da Constituição basta citar-se, pelo seu caráter didático, o contido no art. 3° 3., da Constituição da República portuguesa, que diz: *"A* ***validade das leis*** *e dos demais actos do Estado, das regiões autônomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas,* ***depende de sua conformidade com a Constituição.***"

Assim, a norma só pode ser construída com leis válidas, ou seja, que estejam em conformidade com a Constituição. Isto, porém, não significa dizer que uma lei, se não estiver claramente de acordo com a Constituição, deva ser rejeitada pelo construtor da norma; ele poderá aproveitá-la desde que lhe dê uma nova interpretação, ou seja, interpretação conforme à Constituição.

Mas não basta construir a norma com base neste ou naquele dispositivo constitucional, uma vez que a Constituição é um todo harmônico; a Constituição, como já se disse, não deve ser interpretada em partes. E a Constituição é formada de preceitos e princípios e estes podem ser explícitos ou implícitos. O intérprete, ainda, não pode deixar de lado o direito comparado, dada sua valiosa ajuda já analisada.

Não é outra a posição de Sacha Calmon, que afirma: a norma não se confunde com as leis; é uma resultante das leis, inclusive constitucionais.[136]

O papel do juiz como criador da norma já está sedimentado tanto na doutrina nacional como na internacional, e evolui não só no sentido jurídico mas no político também, pois o ordenamento jurídico não se constitui num conjunto de regras jurídicas desligadas da realidade, mas sim, num instrumental que tem por finalidade alcançar os fins sociais buscados no interesse da sociedade, apesar da resistência dos dogmáticos.

Até mesmo na obra de Kelsen encontramos esta confirmação de que o juiz cria o Direito[137], quando ele analisa a doutrina de J. C. Gray no item intitulado *"Todo o Direito é Direito criado por juiz"*, porém, dela retira o excesso da afirmação.

Kelsen concorda que a função judicial limitada à aplicação do Direito não conta com a sustentação dos fatos, porém discorda da visão oposta de Gray no sentido de que *"não existe direito antes da decisão judicial e que todo o Direito é criado pelos tribunais"*. Gray radicaliza ao afirmar: *"Foi às vezes dito que o Direito é composto de duas partes, o Direito legislativo e o Direito feito por juiz, mas, na verdade, todo o Direito é Direito feito por juiz."*

Assumindo uma posição claramente favorável ao papel do juiz como criador do direito novo, diz Jean Cruet: *"O juiz, esse 'ente inanimado', de que falava Montesquieu,* ***tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo*** *contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se* ***uma lei natural da evolução jurídica****: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imóvel."*[138]

Eros Grau, distinguindo "texto' de "norma" afirma que "a atividade interpretativa é um processo intelectivo, através do qual, partindo-se de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação de seu conteúdo normativo".

Em outro escrito, na mesma linha de raciocínio, afirma: "L'interprete libera la norma dal suo involucro (il texto); in questo senso,

---

[136] Coêlho, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – sistema tributário*, p. 20.
[137] Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, ps. 152/153.
[138] Cruet, Jean. Ob. cit. p. 22.

l'interprete "produce la norma". O intérprete produz a norma, esta é a conclusão que deve orientar a evolução do Direito.

A respeito do fato de o juiz não apenas reproduzir, mas produzir Direito, é importante a lição de Eros Grau:

> "O Juiz não é, tão-somente ... a boca que pronuncia as palavras da lei. Está ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo -, vinculado pelo exercício de uma 'função', isto é, de um 'dever-poder'. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exeqüível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos. ...
> De resto, quanto ao argumento de que a atribuição dessa autorização ao Judiciário importaria violação do princípio da "separação dos poderes", cumpre tão-somente lembrar que além de o Legislativo não deter o monopólio do exercício da função normativa, mas apenas, da função legislativa, já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais (possam ser[139]) antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular."

Mauro Cappelletti, por sua vez, sobre este tema, leciona, quando trata das **"Causas e Efeitos da Intensificação da Criatividade Jurisprudencial":**[140] *"Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século. Como escreve Lord Reid, outro eminente juiz inglês, em tempos anteriores 'entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito', em vez de meramente 'declará-lo".*

Esta transformação, no sentido de o juiz deixar de ser apenas aquela mera e passiva 'inanimada boca da lei', para se transformar-se num

---

[139] Acrescentei.
[140] Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* P. 31.

Poder político que além de aplicar também produz o Direito, ocorre em diversas partes do mundo, tal como nos Estados Unidos, na França e na Alemanha, bem como nas áreas de suas influências, e o motivo é a chamada **revolta contra o formalismo**.[141] E nós, os juízes brasileiros se quisermos viver num mundo jurídico contemporâneo, necessitamos estar nesta área de influência.

Esta mudança, se por um lado dá novos poderes ao juiz, por outro lhe atribui novas e maiores responsabilidades, exigindo que saiam da **concha protetora do 'formalismo'**, no dizer de Cappelletti.[142]

E esta mudança já estamos vivenciando, tanto que, referindo-se ao poder implícito do juiz e à tutela de urgência, assim escreve Marinoni:

> **"A tutela urgente (assim como a eficaz), está encartada nos poderes implícitos do Poder Judiciário. Portanto, como já advertia o Prof. Donaldo Armelin, não cabe ao legislador ordinário suprimir a tutela jurisdicional de urgência (nem a eficaz – quer por ação ou omissão), que, mesmo se não viesse regrada em nível de lei ordinária, seria perfeitamente viável e, pois, deferível com base nos poderes implícitos do Judiciário. *'Efetivamente, como é cediço em matéria constitucional, a atribuição de poderes implica também na outorga de meios para tornar eficazes tais poderes.'***
> **Impedir-se ao Poder Judiciário o uso de seus poderes implícitos fere o *princípio da separação dos poderes.*"**[143]

Quanto aos poderes implícitos, José Alfredo de Oliveira Baracho, discorrendo sobre as regras de interpretação constitucional, diz que *quando a Constituição confere um poder em termos gerais, prescreve um dever, outorga, implicitamente,* ***todos os poderes particulares*** *('implied powers') necessários ao exercício desse poder e ao cumprimento dessa obrigação.*[144]

---

[141] Cappelletti, Mauro. Ob. cit. ps. 31/32.

[142] Cappelletti, Mauro. Ob. cit. p. 33: 'Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais'. E falando da *escolha* como elemento atribuído ao juiz no processo jurisdicional, e que o 'formalismo' por acentuar o elemento da *lógica*, tendia a ignorar, prossegue Cappelletti: "Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e 'balanceamento'; significa **ter presentes os resultados práticos** e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia."

[143] Marinoni, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência, p. 70.*

[144] Conforme citação feita por Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito Constitucional Didático,* p. 142.

Esta doutrina nos países do 'civil law', entre os quais está o nosso, vem sendo amadurecida há tempos, não é mera inovação da atualidade[145]. Num debate travado por ocasião de uma conferência de Eduardo J. Couture realizada na Faculdade de Direito de Paris, na primavera de 1949, o sr. Frémicourt, um antigo magistrado, daquilo que ouviu do conferencista, concluiu:

> '.... pode considerar-se que a decisão judicial é, em parte, criadora e constitutiva do direito. É por isso que a jurisprudência tem a influência e o alcance que todos lhe reconhecem. Se o magistrado não fizesse outra coisa que aplicar rigorosamente os textos, sempre os mesmos e sempre da mesma maneira, seriam inconcebíveis as interpretações diversas, muitas vezes divergentes, que os magistrados dão aos textos; e ficariam, também, sem explicação as decisões exaradas pelos juízes na ausência de textos precisos que se possam aplicar à situação que eles apreciem.'[146]

Piero Calamandrei já se manifestava a respeito, fazendo uma distinção entre julgamentos segundo o direito e segundo a equidade.[147]

> *"... examinemos ahora ejemplos, igualmente típicos, de um fenómeno análogo que se presenta en la zona de confin entre la jurisdicción y la actividad legislativa.*
> *La doctrina, al clasificar según sus efectos las varias categorias de sentencias, considera como una 'categoría especial de sentencias constitutivas las llamadas sentencias* ***dispositivas****, grupo que debe ponerse en relación com la distinción entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de derecho, de la que hemos partido para la definición del acto jurisdicional.*
> *Se llaman dispositivas las decisiones que el juez toma, no en aplicación de una norma jurídica ya formulada anteriormente por el legislador, sino en el exercicio de un poder de equidad, que significa, pues, en sustancia, poder de crear el derecho para el caso singular. Las providencias dispositivas se podrían, por tanto, llamar también providencias de* ***equidade****, en contraposición a las providencias de* ***derecho (secundum ius)****, que serían todas las demás en las que el juez no hace otra cosa que aplicar al caso concreto una norma jurídica preexistente. ..."*

O nosso sistema processual já conhece o julgamento por eqüidade, mas de forma muito limitada. A respeito dispõe no artº 127 do

---

[145] Nos países do 'common law' já é secular.
[146] Couture, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*, p. 64.
[147] Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil, segun el nuevo codigo, vol. I, ps. 200/201.*

CPC. "O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei.", e estes casos são raríssimos, excepcionais (v.g. artº 1.109 do CPC.). Entretanto houve um considerável avanço com a entrada em vigor da Lei 9.099 que dispõe sobre os Juizados especiais, onde no art. 6º está preceituado: "O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.". É da natureza dos julgamentos proferidos por Juizados especiais, comumente chamados de 'pequenas causas', a aplicação da equidade, apesar de entre nós ainda existir uma forte resistência a respeito.[148]

E julgamento por equidade é uma das características do sistema anglo-saxão, ou do 'Common Law'; já o julgamento segundo o direito é uma das características do direito continental europeu, ou do 'Civil Law', que seguimos. Entretanto ambos os sistemas, nesta virada de milênio, apesar de ainda existirem muitas diferenças a superar, estão se encontrando.[149]

A passagem do Estado liberal para o social não mais admite que fiquemos atrofiando a evolução do direito judiciário.

Mauro Cappelletti em sua obra *Juízes Legisladores?* trata do tema no item *"Interpretação" e "Criação do Direito"; conceitos contrapostos?* afirmando:

> "O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários. ..."[150]

Sobre o grau de discricionariedade do intérprete acentua:

> "Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. ... em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, "aplicá-los" e "realizá-

[148] Cappelletti, Mauro. *Acesso à Justiça*, ps. 111 e seguintes.
[149] Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* ps. 111 e seguintes.
[150] Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* ps. 20 e 21.

> los" em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. ... Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações, e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. ... **na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.** ..."[151]

O poder de criação do direito por parte do Judiciário já atribuiu a este o papel de legislador suplementar, na visão de Jean Cruet.[152]

Mas e o princípio da separação dos poderes, como fica? Valiosa a lição de Peña Freire quando diz que a supremacia da Constituição obriga a todos os poderes agirem de forma articulada, em conjunto, e não como se fossem departamentos separados. Cada um deve agir complementando e apoiando o outro. Se um falhar, o outro deve procurar suprir sua omissão, sempre com o objetivo de tornar realidade os direitos constitucionalmente consagrados. O Judiciário suprindo uma omissão do Legislativo não estará invadindo nenhum poder, pois, assim agindo, apenas estará impedindo que a Constituição fique mutilada, além do que o Poder Legislativo poderá, em qualquer momento, cumprindo com seu dever constitucional, aprovar

---

[151] Cappelletti, Mauro. Ob. cit., ps. 21 e 22.

[152] Em sua obra *'A vida do direito e a inutilidade das leis'*, Jean Cruet, às fls. 48 e 49, diz: "Um jurisconsulto eminente, o sr. Crèpon, escrevia: "Nada se deve deixar ao arbítrio do juiz, que nunca pode julgar senão em virtude de uma disposição formal da lei". Esta fórmula seria aceitável num Estado organizado segundo o tipo ideal, isto é, em que o órgão legislativo fosse apto para fazer leis absolutamente claras, absolutamente precisas, absolutamente completas, em que a 'geometria' legal contivesse virtualmente em seus teoremas a solução matematicamente exata de todos os casos particulares, em que o legislador enfim, por um trabalho de retoque incessantemente renovado sobre todas as partes do direito consagrado, assegurasse a aplicação imediata dos textos aos fatos. ... Mas como o órgão legislativo não preenche nunca, e não pode preencher na integridade perfeita da sua definição teórica, da sua concepção racional, a função de criar as regras do direito, e esta função deve ser entretanto preenchida, o juiz intervém como uma espécie de **legislador suplente**, e intervém por assim dizer à força, porque lhe é impossível não intervir! Em resumo, o poder de criação ou de renovação jurídica que pertence ao juiz provém deste duplo fato: 1º - que o legislador não tem regulamentado todas as relações sociais podendo dar lugar a debate judicial; 2º - Que a lei deve ser interpretada em função da sociedade e que toda a transformação no meio social reage necessariamente sobre o sentido e o alcance das regras do direito consagrado. **A lei, numa palavra, é feita para a sociedade e não a sociedade para e lei.**"

a lei conforme o sentido político que entenda conveniente. Como ensina Zagrebelsky.[153]

[153] "De la supremacía de la constitución y, en concreto, de su naturaleza jurídica se deduce um mandato general a todos los poderes del Estado que les obliga a hacer efectivas todas sus normas. Esta afirmación presupone la superación del mecanicismo de los poderes del Estado liberal por la complejidad estructural del Estado constitucional. No es posible, en consecuencia, una comprensión atomista y departamentada de los poderes estatales, como si de piezas de una máquina se tratara. Brohm (1993, 125), por ejemplo, entiende que "los poderes estatales bajo la constitución no están completamente "separados" sino simplemente "articulados" e imbricados en forma múltiple y conectados entre sí a afecto de una actuación conjunta". En el juego combinado de los tres poderes, cada uno de ellos debe respetar la tarea de los demás y sintronizarse com ellos en la medida en que ésta es una condición de la efectividad constitucional. A partir de esta funcionalidad, hay quien ha deducido la cierta obligación de cada uno de los poderes de "actuar complementando y apoyando allí donde otro órgano no está dispuesto e no está en condiciones de asumir totalmente su cometido, en la medida en que el mismo pueda operar de acuerdo a su propia estructura" (la cita es de K. Hesse y su "Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", en Festschrift für H. Huber, 1981; citado en Brohm, 1993).

De acuerdo a estos presupuestos, los órganos encargados del control de constitucionalidad, al estar obligados a velar por la supremacia de la constitución, deben poner de manifesto las violaciones omisivas de la misma realizadas por otras sedes institucionales.

La jurisprudencia constitucional debe denotar la vulneración por omisión de derechos constitucionales en que incurre el legislador al incumplir las obligaciones, constitucionalmente impuestas, que dimanan de los derechos sociales y que, a la vez, son condición de garantia y efectividade de los mismos.".

"Este supuesto de tutela ordinaria por la que, en los supuestos de lagunas normativas en el estatuto de los derechos sociales, los jueces y tribunales deciden hacer efectivos aquellos derechos constitucionales cuando éstos permanezcan inactivos por omisión del legislador, no supone, a juicio de Zagrebelsky (1992, 152), ningún tipo de intromisión en las esferas del poder legislativo, pues éste podrá, en cualquier momento, cumplir con su deber constitucional y dictar las normas conforme al sentido político que estime conveniente." Antonio Manuel Peña Freire. *La garantia en el Estado constitucional de derecho, ps. 222/3 e nota de rodapé n. 24 à p. 224.*

XXVII – O papel político do juiz.

A evolução do papel político do juiz foi bem colocada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em artigo intitulado de *Reformas e Poder Judiciário*, onde analisa não o desaparecimento do positivismo, mas sua transformação, transformação esta que abre necessariamente um grande espaço para a participação política do Poder Judiciário, retirando-o não do positivismo, mas do dogmatismo positivista. Salienta que:

> "A clássica Escola da Exegese, desenvolvida na França, levou ao máximo rigor o valor absoluto da lei (toute la loi mais rien que la loi), lançando os fundamentos do dogmatismo positivista, que se desenvolveria até sua plenitude e se tornaria hegemônico até o final deste século.
> Na verdade, o positivismo jurídico não desapareceu mas se foi transformando, cedendo a novos reclamos éticos da sociedade, passando a coexistir com institutos mais diretamente voltados à realização de valores convivenciais e, por isso, abrindo, ainda que involuntariamente, novos espaços à expansão do controle judiciário."
> No Brasil, os primeiros sinais dessa tendência remontam a 1934, com o aparecimento do conceito, à época revolucionário, da lesividade, como motivo para mover ação popular.
> Registra-se, a partir de então, um câmbio de postura, muito bem apreendido por José Eduardo Faria na seguinte passagem: "O Judiciário abandona seu comportamento algo tímido das décadas passadas, começando a decidir de modo cada vez mais contundente contra o Executivo" (Artigo 'in' Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 38, 1992, p. 143).
> Começavam a ser rasgados novos horizontes para o controle jurisdicional, e já não mais apenas da legalidade no sentido tradicional e estrito, mas da juridicidade, ou seja, de uma legalidade no sentido amplíssimo, passando a envolver a legitimidade e a licitude do agir, numa épica trajetória que

culminaria com a elevação de todos esses conceitos ao texto constitucional de 1988.
Por isso, hoje, a ninguém mais espanta que o Judiciário não apenas aplique a lei, como no passado, mas que também a integre e a desvalide, ao atuar como legislador negativo.
Registram os observadores comparativistas que, no desenvolver desse processo, parece estar ocorrendo uma lenta mas paulatina convergência com o modelo inglês, **no qual o juiz aplica a lei que descobre no direito e não mais apenas como na linha do direito continental europeu, de inspiração positivista, na qual o juiz se limita a aplicar o direito que se expressa na lei.**"

Dentro desta nova latitude de atuação não se admite que o juiz continue a se comportar como um mero transmissor do texto legislativo; sua função política exige uma análise mais profunda dos princípios e objetivos constitucionais. Sua missão, com o ingrediente político, passa a ter um alcance maior; não se limita mais a aplicar o direito posto, mas a contribuir para a concretização das promessas constitucionais.

E neste sentido, continua Moreira Neto:

"Está claro, também, que às novas atribuições correspondem novas responsabilidade, como têm sublinhado convergentemente Ada Pellegrini Grinover e Miguel Reale em passagens a seguir transcritas.
De Ada Pellegrini, recolhida de um erudito estudo que intitulou, bem a propósito, de 'A crise do Poder Judiciário' (Ada Pellegrini Grinover, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, dez. 1990. Págs. 11 e ss.)
"E, na verdade, a Constituição de 1988 reservou explicitamente um papel eminentemente político ao Judiciário, até quando o desenhou como novo árbitro de conflitos coletivos, de massa, e por isso mesmo, políticos."
E, adiante, mais detalhadamente:
'As instâncias de nosso tempo têm ampliado os horizontes da análise da responsabilidade do juiz – antes restrita à responsabilidade legal, ou seja penal, civil e administrativa – para abranger uma responsabilidade processual (relativa aos poderes de direção do processo) e uma responsabilidade política (atinente à situação do juiz em relação à sociedade).' (Ajuris, a, XXI, n. 62, nov. 1994, p. 195.)
Não é outro o entendimento e a lição do mestre maior, Miguel Reale, em artigo dedicado à análise desse novo Judiciário face à sociedade:

'Além do mais, casos há em que a atual Constituição às vezes exige do juiz uma tomada de posição, não só política, mas também ética. É o caso previsto no art. 37, segundo o qual a Administração Pública deve obedecer, entre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Se o que reza a Carta não é letra morta, ao juiz cumpre verificar a licitude moral dos atos administrativos que atentem contra os direitos fundamentais dos indivíduos, assim como das associações e empresas por eles fundadas no exercício da liberdade empresarial consagrada pelo preciso parágrafo único do art. 170 da Lei Maior. ('Miguel Reale. O Judiciário a serviço da sociedade.')

Esses depoimentos doutrinários estão a demonstrar que parece hoje fora de dúvida que o Poder Judiciário, em sua milenar evolução, realmente transcendeu o seu papel clássico e adquiriu uma função política, cabendo-lhe não apenas aplicar a norma ao caso concreto como adaptá-la, integrar a ordem jurídica e, até mesmo, examiná-la diante de padrões principiológicos de assento constitucional, o que exige a superação da tradicional lógica do racional e a adoção, sempre que necessário, da lógica do razoável, sem a qual, no ensinamento de Recasens Siches, 'uma lei jamais cobra plenitude de sentido'."

A evolução do papel político do juiz na criação e concretização do direito é fato consumado; o caminho foi aberto e a instituição tem que trilhá-lo com consciência de que se trata não apenas de um direito mas, sim, de um dever constitucional para que nossa Carta Política não se transforme apenas numa folha de papel manipulada por interesses que visam num primeiro momento a desacreditá-la e a final destruí-la.

XXVIII – As espécies de "contempt of Court" no nosso sistema jurídico.

Costuma-se dizer que nosso ordenamento jurídico não assimilou o 'contempt of Court' civil, ou seja, a punição imediata para os atos atentatórios à dignidade da justiça no processo civil, dentre os quais o mais grave é o não-cumprimento da ordem judicial. Porém esta afirmativa não corresponde à verdade, pois há fundamento jurídico tanto genérico quanto específico para esta punição; os fundamentos genéricos encontramos na característica coativa do direito, no princípio do acesso à jurisdição no sentido material, na independência e no poder político do Judiciário, no princípio de que o poder de punir a desobediência está ínsito ao poder de julgar, no princípio processual civil de dever de lealdade processual; na aplicação do direito comparado, na nossa tradição pré-republicana, no princípio constitucional da igualdade e no próprio Estado de Direito.

Já os específicos são aqueles lidos no art. 855 do Código de Processo Civil e art°s 35 e 69 § 5° da Lei de Falências, além daqueles constitucionalmente permitidos no art. 5°, inciso LXVII, que dizem respeito a prisão civil por dívida do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Ressalve-se que a prisão civil do devedor fiduciário quando esta decorrer tão-somente do inadimplemento, deve ser considerada inconstitucional por se constituir preponderantemente numa coação para pagamento de dívida e não para cumprimento de uma obrigação de natureza mandamental, além de ser uma afronta ao princípio republicano na parte em que este tem como característica não compactuar, de maneira geral, com privilégios, admitindo apenas aqueles indispensáveis para a proteção do hipossuficiente e não para o hipersuficiente como ocorre nas ações que decorrem das alienações fiduciárias.

Comentando sobre a constitucionalidade do art. 885 do Código de Processo Civil, na parte em que se autoriza o juiz a decretar a prisão daquele que se recusa a cumprir a ordem judicial que determinou a restituição do título, leciona Pontes de Miranda: *"Diz-se que a prisão, em tais espécies, é ato estatal contrário à regra jurídica da Constituição de 1967,*

com a Emenda n. 1, art. 153, § 17 (antes, Constituição de 1934, art. 113, 30; de 1946, art. 141, § 32) (atualmente art. 5°, LXVII, da Constituição Federal de 1988)", mas *"o que a Constituição proíbe é pena de prisão para não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. ...* ***A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional.***"[154]

No mesmo sentido é o pensamento de José de Moura Rocha[155] que, inclusive, cita o Ministro Costa Manso, para quem *"a expressão DÍVIDA, usada na Constituição, não pode ser entendida LATO SENSU, como sinônimo de obrigação, pois, se admitíssemos essa interpretação, todas as prisões compulsórias teriam de desaparecer. Não se poderia prender o falido que não permanecesse à disposição do Juízo, ou negasse bens, livros ou documentos." "No caso do depósito, a prisão resulta, não da dívida, mas da desobediência do depositário ao mandado do juiz, para que faça a entrega daquilo que tem em seu poder."*

Nelson Nery Junior, a respeito, assim se manifesta: ***"não se configura prisão por dívida.*** *Trata-se de simples meio assecuratório da execução da ordem judicial, idêntico ao previsto no antigo CPC/39 369 (Margarino Torres, Tratado da Nota Promissória, 1953, nota n. 80, 'in' RDM VIII/127), citados na RT 685/94."*[156]

Reportando-se à autoridade de Pontes de Miranda, conforme registra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira *que se posiciona em sentido contrário*, a 1ª Turma do STF (HC nº 52.613, 24.09.1974, rel. Ministro Djaci Falcão, RT, 481/417) chancelou a prisão de sonegador de duplicata enviada para aceite, entendendo-a legal por aplicação do art. 732 do Código de 1939, reproduzido no art. 885 do Código vigente.[157]

Este precedente jurisprudencial da Suprema Corte admite como legal a prisão civil prevista no art. 885 do Código de Processo Civil, porém não se pode esquecer que a aplicação da pena de prisão há de ser reservada para aquelas situações em que seja efetivamente necessária; se

---

[154] Miranda, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII, ps. 449 e 450.*

[155] Rocha, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil,* vol. VIII, ps.451 e seguintes.

[156] Nery Junior. Nelson. *Código de processo civil comentado, p. 1157.*

[157] Oliveira, Carlos Alberto Alvaro. *Comentários ao código de processo civil,* vol. VIII, tomo II, p. 416, nota de rodapé n. 784. Também Humberto Theodoro Júnior entende que "a prisão civil, *in casu*, embora tenha sido prevista desde longa data em nosso direito positivo, fere o princípio constitucional que veda medidas constritivas pessoais por dívida." In: *Processo cautelar,* 6ª ed., p. 388, fazendo remissão a Sergio Sahione Fadel *Código de processo civil, comentado*, vol. IV, 1ª ed., pág. 327, e a Paulo Restiffe Neto, *Rev, de direito mercantil* (nova série), vol. 13, pág. 102. Sergio Sahione Fadel, ao comentar o art. 885 do CPC, assim se posiciona: "Vislumbrar no procedimento do devedor um ilícito penal, que autorize a prisão em flagrante, parece que é forçar um pouco a interpretação do comportamento do mesmo. Além do mais, a ordem de prisão em flagrante, como decorrência de ilícito penal, em casos como o do art. 885, deve emanar do juiz criminal, depois de feita pelo Ministério Público perante quem de direito a denúncia. O crime, no caso, seria de ação pública e deveria esta ser instaurada por essa forma...." 'In' *Código de processo civil comentado*, vol. II, p. 790.

por outro meio puder se alcançar satisfatoriamente o mesmo resultado, ela não deve ser aplicada. Se, por exemplo, o credor puder emitir uma triplicata e promover a execução de seu crédito, não se deve decretar a prisão do devedor pelo fato de o mesmo não ter devolvido a duplicata que lhe fora encaminhada para aceite.[158]

Também temos a aplicação, na prática, do 'contempt of Court', nos casos de desobediência de liminar em ação possessória.

Sobre esta particularidade é importante salientar a posição de Ovídio Baptista quando comenta sobre a cautelar de atentado *e se este remédio seria o único previsto pelo ordenamento processual contra a desobediência ou violação ilegal de uma ordem ou determinação contida em mandado judicial.*[159]

> "Os princípios informadores do moderno direito processual civil por certo não se harmonizam com a suposição de que o magistrado que teve seu mandado desobedecido pela parte fique na dependência da iniciativa da outra, em promover a ação incidental de atentado, sob pena de ver-se impedido de resguardar o próprio prestígio e autoridade de seu ato. A tendência do Direito contemporâneo, como temos observado, orienta-se no sentido de devolver aos juízes os poderes de *imperium* de que o liberalismo burguês do último século o privara. Daí o crescente interesse pelas *ações mandamentais* que se observa não só no direito brasileiro .... mas no próprio Direito europeu....
> Carvalho Santos refere a lição de Ferreira Viana, segundo o qual **se o réu**, uma vez intimado da manutenção liminar, **perseverasse em violar a posse alheia, incorreria em pena de desobediência devendo o juiz, se fosse o caso, requisitar força pública para fazer observar o seu mandado.** E escrevia: **"Essa opinião mereceu francos aplausos de outros muitos juristas que não trepidaram em sustentar, aliás com acerto, que, na verdade, se, para tornar efetiva a execução do mandado, não tivesse o juiz meios coercitivos, até mesmo o auxílio da força pública, seria uma inutilidade a sua expedição, seria antes prejudicial, porque só serviria para desmoralizar e desprestigiar a justiça."**

A medida cautelar de atentado, conforme dispõe o art. 881 do Código de Processo Civil prevê uma punição que é uma espécie de 'contempt of Court', pois este instituto não trata somente de pena de prisão, mas também de aplicação de multas, *incapacidade de demandar,*

---

[158] Neste sentido RT-491, ps. 103-5.
[159] Do Processo Cautelar, ps. 501/2.

retratação em juízo etc.[160] Esta punição é a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado. Este exemplo serve para mostrar que o direito constitucional que garante a ampla defesa, consagrado no art. 5°, LV, também não é absoluto, ficando mitigado quando o réu age abusivamente.

O "contempt of Court", na parte em que se confunde com as "astreintes", ou seja quando a punição tem natureza patrimonial e se exterioriza pela aplicação de multas diárias, é de aplicação já generalizada.

Só o que falta é a adoção da aplicação da pena de prisão pelo ato de desobediência injustificada quando os outros métodos falharem ou se mostrarem desde logo inócuos, e para isto os textos legais já existem, basta o intérprete construir a norma.

É verdade que alguns juristas criticam o "contempt of Court", taxando-o de instituto semi feudal, mas esta crítica é improcedente, porque um instituto jurídico, apenas por ser antigo, não perde suas qualidades; prova disto é o instituto, este sim de origem feudal, da *rebus sic stantibus*, que foi ressuscitado como algo extremamente moderno em nosso Código de Defesa do Consumidor que em seu art. 6°, V, prevê a revisão de cláusulas constratuais *em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*

Comentando o art. 886 do Código de Processo Civil, José de Moura Rocha[161] faz uma análise da evolução da prisão civil, concluindo que atualmente ela tem função essencialmente processual, que é a de fazer cumprir decisões judiciais, pressionando o devedor para que cumpra sua obrigação e, conseqüentemente, assegurando ao credor a satisfação de seu direito.

Além disto este instituto, por devolver ao juiz o poder de império, se adapta perfeitamente ao Estado social, intervencionista, que tem o objetivo de transformar a sociedade, garantindo a efetividade dos direitos individuais e também dos sociais.

A fórmula adequada para se criar a norma do "contempt of Court" é simples, basta considerar o crime de desobediência como permanente, e para isto não há que se fazer muito esforço, pois ele o é quando se trata de desrespeito à ordem judicial, e considerar, como manda a legislação processual penal, o renitente em flagrante delito, só liberando-o quando se dispuser a cumprir a ordem, obedecendo-se, por óbvio, aos prazos da pena previstos no tipo penal.

---

[160] Conforme citação feita por Carlos Aurélio Morta de Souza. anteriormente referida.

[161] Rocha. José de Moura. Ob. cit. ps. 455-6.

XXIX – A desobediência como crime permanente.

> "Aos Juízes e Tribunais é conferido o direito-dever de assegurar o cumprimento de suas decisões. Não fora assim, quedaria inerte a Justiça diante da vontade dos que se opusessem às suas decisões, que resultariam inócuas em prejuízo da sociedade. E já não adiantaria ao indivíduo recorrer ao Judiciário para garantia de seus direitos.
> Por isso mesmo, entende-se não configurar violação do *jus libertatis* a exigência de cumprimento de decisão judicial validamente exarada nos autos de processo. E a recusa em acatar a decisão judicial caracteriza, em tese, o crime de desobediência." [162]

Para o Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, no caso de descumprimento da decisão judicial, o juiz **"deverá simplesmente mandar prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito...** O fato é que o Juiz, sem qualquer açodamento, *cum prudentia officcii*, não pode deixar que seu mando caia no vazio... o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante."[163]

---

[162] Parecer da Subprocuradora-Geral da República Railda Saraiva, adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso de Habeas corpus nº 1373-SP, tendo como relator o Ministro Costa Lima. Data do julgamento: 2 de outubro de 1991, publicado no DJ de 21-10-1991. No entanto, neste julgamento, considerou-se que o caso não comportava prisão em flagrante porque o motivo apresentado para o não cumprimento da ordem judicial poderia ser justificável, entretanto o inquérito policial deveria ser instaurado. O Tribunal recorrido (Tribunal Regional Federal da 3ª Região) denegou o *habeas corpus*, lavrando esta ementa: "Processo pena. *Habeas corpus* visando tornar sem efeito ameaça de prisão por descumprimento de decisão judicial. Inexistência de coação ilegal. **A coatividade é inerente à decisão judicial não consubstanciando coação ilegal.** Ordem denegada." No mesmo sentido o julgamento proferido no HC 94.01.08071-2/GO, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; relator; juiz Daniel Paes Ribeiro: "Destinando-se o habeas corpus a proteger a liberdade de locomoção, violada ou ameaçada de violação, por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5, LXVIII). **Não pode ser concedido para que o paciente deixe de cumprir decisão judicial, eis que não há, na espécie, ilegalidade ou abuso de poder.**"

[163] Conforme citação de Agapito Machado, artigo citado, fazendo referência a seguinte forma: "*in* "Descumprimento da Ordem Judicial, *Revista AJUFE, agosto de 1990*".

Kazuo Watanabe, citado por Dinamarco, ao comentar os §§ 4° e 5° do art. 461 do Código de Processo Civil, afirma: "o poder do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório de concepção tradicional), mas abrangerá a expedição de mandamentos ou ordens (ação mandamental), **que, se descumpridos, à semelhança das *injunctions* do sistema anglo-saxão ou da ação inibitória do sistema italiano, poderão configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à Justiça e não apenas à parte contrária** (...)".[164]

O crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, consiste em *"desobedecer à ordem legal de funcionário público"*.

Em princípio nada impede que este dispositivo penal possa ser utilizado para garantir o cumprimento da ordem judicial quando os outros meios que visassem este objetivo falhassem; pois descumprir uma ordem judicial é desobedecer uma *'ordem legal de funcionário público'*.[165] Este crime, em relação à ordem judicial, é crime permanente, pois sendo a função jurisdicional a prestação da tutela, enquanto esta não for efetivamente prestada em razão da desobediência do renitente, o crime continuará sendo praticado, e, de conseqüência, o teimoso se encontrará em flagrante delito, podendo ser preso nos precisos termos dos artºs. 302, I e II, e 303 do Código de Processo Penal que dizem: *"Art. 301- Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; .... Art. 303 – Nas infrações* ***permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência."***

Assim, enquanto não cessar a desobediência, o renitente estará em flagrante delito. Neste sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça decidindo: **"o crime de desobediência é permanente, ensejando prisão em flagrante enquanto não cumprida a determinação"**;[166] e não é outra a posição de José Frederico Marques quando diz: *"nos crimes permanentes, como a conduta ilícita do agente perdura no tempo,* ***existe sempre a atualidade delituosa****, que, surpreendida por alguém,* ***dá origem ao crime em flagrante"***[167]; Tostes Malta, citado por Eduardo

---

[164] Dinamarco, Cândido Rangel. *Execução de liminar em mandado de segurança*, p. 315.

[165] "Age com dolo próprio do delito de desobediência aquele que se opõe ao cumprimento de mandado judicial" (TACRIM-SP – AC – Rel. Silva Leme – RT 399/303)". "O não atendimento à ordem judicial concessiva de segurança, liminar ou definitiva, caracteriza crime de desobediência, respondendo pelo mesmo o impetrado renitente" (TACRIM-SP – AC – Rel. Azevedo Franceschini – RT 448/394 e JUTACRIM 23/90/93)." "A ordem judicial contida em liminar de mandado de segurança ou em outro ato formalmente perfeito do Poder Judiciário é para ser cumprida de imediato. O adiamento imotivado e ilegítimo implica crime de desobediência" (TACRIM-SP – AC – Rel. Mafra Carbonieri – RT 633/306)". In: Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Alberto Silva Franco e outros, tomo 1, p. 33131.

[166] Recurso de *habeas corpus* n. 1060-SP. Sexta Turma. Relator desig. Ministro Vicente Cernicchiaro, data do julgamento: 23 de abril de 1991, DJU 20/05/91, PG. 6.541. No mesmo sentido RHC 1.061/SP, DJU 13/05/91, pg. 6.088.

[167] Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, p. 89.

Espínola Filho[168], não tivera dúvida em informar (*Do flagrante delito, 2ª ed. 1933, págs. 127-131)* que: *"certas infrações acarretam, por sua natureza especial, um estado permanente de flagrância. Assim,* ***em qualquer momento em que o seu agente seja preso, o é em flagrante"***; porém, dirão alguns, esta prisão em flagrante será inócua, pois este crime é punido com a pena máxima de seis meses de detenção e em razão disto será o flagrante relaxado, além do que está ele entre aqueles considerados de menor potencial ofensivo, cujo processamento se dará com a observância do contido na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.[169]

Cabe ainda ressaltar que há forte corrente jurisprudencial que entende que *'os dirigentes de entidade integrante da Administração Pública Indireta* (e com mais razão de ser da Administração Pública Direta), *no exercício de suas funções, não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração'*[170].

Todavia, a prevalecer este entendimento jurisprudencial, há que se entender que o funcionário público, no exercício de suas funções, tem o livre arbítrio de cumprir ou não uma ordem judicial. Tal conclusão leva a um resultado absurdo no sentido de colocá-lo acima do alcance não só do Poder Judiciário mas acima do alcance da própria Constituição que consagra o Estado de Direito. Cabe repetir aqui a lição de Carlos Maximiliano de que a interpretação do Direito não pode levar a conclusões absurdas.

É de se anotar que a jurisprudência no sentido de que o descumprimento de decisão judicial por dirigentes de entidade integrante de administração pública, no exercício de suas funções, não caracteriza

---

[168] Espínola Filho, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado,* p. 342.

[169] Questionando a possibilidade bem como a efetividade da prisão em flagrante no crime de desobediência, argumenta Hugo de Brito Machado em artigo intitulado *Prisão por desobediência a ordem judicial*: "Poder-se-ia argumentar que em se tratando de situação de flagrante, vale dizer, em se tratando de desobediência que está sendo cometida, a prisão é válida porque pode ser efetuada por qualquer pessoa. O argumento, porém, tem validade apenas aparente. Com efeito, é necessário distinguir o ato de prender, de efetuar a prisão de alguém, do ato de ordenar, de decretar a prisão de alguém. O ato de prender pode ser motivado pelo flagrante, o decreto de prisão, obviamente há de ter outro fundamento. **(Obs. minha: o decreto de prisão, no caso, tem o mesmo fundamento, porque sendo o crime permanente, o flagrante existe enquanto perdurar a desobediência.)** O ato de prisão há de ser comunicado ao Juiz competente, vale dizer, ao Juiz criminal competente para o processo pelo crime de desobediência, bem como à família do preso, ou à pessoa por ele indicada. O decreto de prisão, que já parte da autoridade judiciária competente, não precisa ser, nem na prática é, comunicado a outrem. **(Obs. minha: no caso, efetuada a prisão, o decreto da mesma, por se referir a um flagrante, deve observar os mesmos requisitos do 'ato de prisão', ou seja, deve ser comunicado ao Juiz criminal, bem como à família do preso, ou à pessoa por ele indicada).** ... Há, porém, no caso, obstáculo constitucional a tal prisão, posto que a lei admite, no caso, a liberdade provisória. Incide, no caso, a norma do art. 5º, item LXVI, da vigente Constituição." **(Obs. minha: não há este obstáculo, por ser a liberdade provisória incompatível com o crime permanente, enquanto este durar).** In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 96, p. 32.

[170] A respeito pode-se citar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no RHC 9066/CE, DJ 14-02-2000, p. 78.

crime de desobediência, não é pacífica, tendo o Ministro Humberto Gomes de Barros recentemente assim se manifestado: "*Não concordo, 'data venia', com a tese de que é lícito ao funcionário público negar execução a ordem judicial, porque a entende inoportuna.* ***Semelhante orientação transformaria o executor em sensor da determinação.***"[171]

No mesmo sentido é o posicionamento do Ministro Felix Fischer, externado no RHC 7.844-PA, nos seguintes termos:

> *"O argumento de que esse delito somente pode ser praticado por particular – porque está elencado, no Código Penal, no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral – não deve prevalecer,* ***visto que tornaria a decisão judicial destituída de imperatividade.*** *Seria, ela, apenas um 'palpite', um 'conselho'. A ausência de sanção, no caso de seu descumprimento, retiraria o poder de coação sobre o destinatário específico, abrindo espaço para que este, certo da inexistência de uma pena, simplesmente deixasse de executar a determinação judicial. Assim, de nada adiantaria proferir-se uma decisão em mandado de segurança contra uma autoridade renitente. Da mesma forma, absolutamente ineficaz seria a reclamação contra o descumprimento de acórdão do Tribunal. O funcionário cumpriria se assim o desejasse...*
>
> *Por isso é que, nestas hipótese, é possível o funcionário público praticar o delito de desobediência. Ele é, aí, um destinatário ... específico e de atuação necessária, obrigatória, do* ***decisum como qualquer outro cidadão****, pois não há o vínculo, a subordinação entre ele e o juiz (ou tribunal). Não se trata de ordem administrativa –* ***interna corporis*** *– que, ressalvada a prevaricação ou outro delito especial, implicaria apenas ilícito extra-penal. O funcionário, 'data venia" de entendimento diverso, quando destinatário de ordem judicial, principalmente em mandado de segurança, pode, eventualmente, cometer o delito geral previsto no art. 330 do CP, porquanto, aí, ele está atingindo, de forma penalmente reprovável, o* ***princípio da autoridade*** *(objeto da tutela jurídica) fora dos limites da vinculação funcional-administrativa.*
>
> *Nesse sentido é a lição de* ***HELY LOPES MEIRELLES*** *('MANDADO DE SEGURANÇA', São Paulo, Malheiros, 1998, 19ª edição, p. 87):*
>
> ***'O não atendimento do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência à ordem legal (CP, art. 330), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo a prisão em flagrante, dada a natureza do delito.'*** (Grifei.)

---

[171] Superior Tribunal de Justiça – Representação nº 147-Pr (98/0080378-5). Apesar de externar seu posicionamente de que não concordava com a tese de que é lícito ao funcionário público negar execução a ordem judicial, votou pelo arquivamento da representação adotando jurisprudência do Tribunal em sentido contrário.

> *Também nessa linha tem-se como precedente um v. julgado do e. TACRIM-SP,* ***in verbis:***
> *'A ordem judicial contida em liminar de mandado de segurança ou em outro ato formalmente perfeito do Poder Judiciário é para ser cumprida de imediato. O adiamento imotivado e ilegítimo implica* ***crime de desobediência.*** *' (TACRIM/SP – RT 633/306)."*[172]

Voltando à questão de que a prisão em flagrante seria inócua diante da possibilidade praticamente certa do relaxamento do flagrante ou deferimento da liberdade provisória ao renitente diante da pena prevista, cabe observar que tanto uma como outra medida são incompatíveis com o crime permanente, pois seria incoerente a própria autoridade judiciária liberar alguém para que continue a praticar um crime, ou mais precisamente, continue a atentar contra a dignidade do Poder Judiciário. O infrator só seria liberado quando aceitasse cumprir a ordem; a duração da detenção, entretanto, encontra seu limite no tempo máximo da pena fixado pelo legislador penal.

Relativamente à aplicação da Lei nº 9.099, não se pode esquecer que para o deferimento da transação penal que consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76), certos requisitos devem ser atendidos, sendo um deles o de que a aplicação desta medida seja **suficiente** (art. 76, § 2º, III, parte final) e esta expressão suficiente deve ser lida como consta no 'caput' do art. 59 do Código Penal, ou seja, a medida a ser aplicada deve ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Evidentemente a transação penal não poderá ser considerada suficiente para reprovação e prevenção do crime de desobediência se o renitente continuar a descumprir injustificadamente a ordem judicial, pois, assim agindo, o mesmo está demonstrando não ter uma conduta compatível para se beneficiar desta medida.

Ainda poderá se argumentar que a prisão em flagrante é incompatível com o rito previsto na Lei nº 9.099, em especial com o contido no art. 69 e seu parágrafo único, que preceituam:

> *"Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.*
> *Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ao assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança."*

---

[172] Recurso de *habeas corpus* n. 7.844-PA. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Votação unânime. Data do julgamento: 6 de outubro de 1998.

Esta possibilidade de não se impor prisão em flagrante também não pode se aplicar aos crimes permanentes, pois conforme já se disse, não se pode autorizar uma pessoa a continuar praticando um delito.

Porém não se pode considerar como crime permanente, de modo a justificar o flagrante, impedindo o deferimento da fiança ou a transação penal, toda e qualquer desobediência a ordem judicial, isto porque os princípios constitucional devem ser conciliados de tal maneira que não se cometa qualquer excesso ou arbítrio. Existem dois valores constitucionais a serem protegidos: a liberdade da pessoa e a efetividade da jurisdição. Quando um ou outro valor há de prevalecer? Sempre deverá prevalecer a liberdade ou sempre deverá prevalecer a efetividade da jurisdição? Nenhum destes valores deve prevalecer sobre o outro de forma absoluta. Só o caso concreto poderá indicar qual deles deve preponderar, e para tanto deve-se aplicar os princípios da imprescindibilidade e da razoabilidade estrita, conforme adiante de explicará.

XXX – O sujeito passivo do crime de desobediência.

Magalhães Noronha afirma que **'a função pública não abrange atos abusivos ou arbitrários. O funcionário, que os pratica, despe-se dessa qualidade para agir como particular'.**[173] O que significa dizer que o funcionário público quando age em desacordo com suas funções, não está agindo em nome do Estado, mas em nome próprio.

Deste raciocínio pode-se extrair que um funcionário público que injustificavelmente descumpre ordem judicial, não está agindo no exercício de suas funções, mas sim, como particular, porque não existe órgão público que tenha por função deixar de obedecer injustificadamente à ordem judicial, por isso pode ser sujeito passivo do crime de desobediência.

Existe forte corrente jurisprudencial no sentido de que o funcionário público, no exercício de suas funções, quando deixa de cumprir ordem judicial pratica o delito de prevaricação e não de desobediência; todavia, para que se caracterize o crime de prevaricação há necessidade de estar presente a circunstância elementar que tem como objetivo satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

É o que se extrai do art. 319 do Código Penal, que diz: *"Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa."* O interesse ou o sentimento pessoal é essencial à tipificação.[174]

Se for seguido este raciocínio, chegaríamos à conclusão absurda de que se o funcionário público pura e simplesmente descumprir uma ordem judicial, estaria impune, pois não pratica crime de desobediência porque não é particular e também não pratica crime de prevaricação porque não descumpriu a ordem para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Se estiver presente a referida circunstância elementar, o crime será de prevaricação; o problema surge quando ela não se evidencia. Surge a pergunta: como resolver o problema? Três soluções surgem: a primeira é

---

[173] Noronha, E. Magalhães. *Direito penal*, 4º volume, p. 360.

[174] STF, RT 727/429, RTJ 111/289, 'in' Código Penal Comentado por Celso Delmanto e outros, p. 543.

a de que, sem a presença do requisito *'para satisfazer interesse ou sentimento pessoal'*, a ação é atípica, o agente fica impune, fica acima do alcance do Poder Judiciário, o que afronta o Estado de Direito; a segunda é que este requisito se *deduz*[175]; e a terceira é que o agente praticou o crime de desobediência porque, desacatando a autoridade judiciária, o funcionário público agiu como um particular, pois este comportamento é incompatível com o exercício da função pública.

Não se trata de encontrar a resposta perfeita, mas aquela que melhor atenda aos postulados do Direito; que seja a menos absurda; que melhor possa ser compreendida e aceita pelos consumidores do Direito. Assim, quer se interprete que a circunstância elementar da satisfação de interesse ou sentimento pessoal possa ser deduzida e aí o funcionário público pratica o crime de prevaricação, quer se interprete que o funcionário público desobedecendo injustificadamente à ordem judicial age como particular e aí pratica o crime de desobediência, e ambas as formas de interpretação se encontram na 'moldura' de que fala Kelsen e portanto, são aceitas, o importante é que o ato não fique impune e que o flagrante fique caracterizado porque um ou outro delito foi praticado e, em se tratando de desobediência de ordem judicial, ambos têm característica de crime permanente.

---

[175] Neste sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida recurso ordinário em *habeas corpus* 8.067 – MG. Relator: Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma, votação unânime. Data do julgamento: 9 de março de 1999. Da ementa se lê: **A recusa do funcionário ... pode levar à dedução necessária do elemento subjetivo exigido para o crime de prevaricação, ainda que não descrito na denúncia, consistente na satisfação de interesse ou sentimento pessoal.** No corpo do acórdão consta: **Esta Turma já decidiu no sentido de que a recusa do funcionário público em cumprir o mandamento se constitui em fato do qual pode emergir a *dedução* lógica de que agiu para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (elemento subjetivo) – pois não se concebe, em princípio, outro motivo para tal comportamento** (RHC n. 7.844/PA, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 03/11/98). Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou assim: "*Habeas corpus*" – ***Prefeito que se recusa a cumprir mandado de segurança*** – A recusa ao cumprimento de ordem judicial constitui fato do qual **emerge a dedução necessária de que o agente assim procede para satisfazer interesse ou sentimento pessoal,** pois não há em princípio, outra explicação para esse comportamento. – *Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do magistrado – (Javolenus, Lei 199)* –" (STF – RHC – Rel. Soares Muñoz – RTJ 92/1.095). No mesmo sentido: STF – DJU 27.4.79, p. 3.380; RT 516/366 e 527/408_. In: Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Alberto Silva Franco e outros, ob. cit. p. 3131.

XXXI – Autoridade competente para determinar a prisão em flagrante.

Argumenta-se que a teor do art. 5°, LXI, da Constituição Federal, o juíz cível não seria competente para determinar a prisão daquele que está desobedecendo sua ordem.

Diz este dispositivo constitucional que: *"ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária* ***competente****, ...".*

A autoridade competente para determinar a prisão do sujeito ativo do crime de desobediência seria então apenas o juiz criminal e nunca o juiz cível.[176] Esta conclusão não pode prosperar porque, em primeiro lugar, é de se ressaltar que este preceito prevê duas situações distintas de prisão; uma, a de prisão em flagrante delito a qual pode ser efetivada por *qualquer pessoa do povo*, como prescreve o art. 301 do Código de Processo Penal, e não há razão para que o juiz cível não possa determinar uma prisão em flagrante como uma pessoa do povo.

A outra hipótese é a decretação da prisão fora do estado de flagrância, como v.g., a decretação da prisão preventiva, e aí ela só poderá ser decretada pelo juiz competente para o processamento e julgamento do processo, ou seja, pelo juiz criminal.

Todavia há que se esclarecer que a prisão a ser decretada pelo juiz cível não será uma prisão preventiva, mas uma prisão onde se reconhecerá que a pessoa desobediente está praticando o crime de

---

[176] Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quinta Turma, no *habeas corpus n. 4.031 – DF*, tendo como relator o Ministro José Dantas: *"No exercício da jurisdição cível, não tem o juiz poderes para expedir ordem de prisão fora das hipóteses de depositário infiel e de devedor de alimentos (art. 5°, LVII, CF).* Data do julgamento: 18 de dezembro de 1995. DJ. 26-2-96. Também assim se posiciona Hugo de Brito Machado, RTJE, vol. 96, ps. 32-33: "Decidiu já a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: "Fora do flagrante delito, ocorrido em sua presença, o Juiz que não tem competência para o processo criminal não poderá ordenar a prisão de quem quer que seja". Realmente, a autoridade competente para decretar a prisão penal é ... o Juiz competente para o processo e julgamento do acusado. Não uma outra autoridade judiciária. Mesmo um Juiz com jurisdição criminal não é necessariamente competente para o decreto de prisão. A autoridade competente, a que se refere o art. 5°, item LXI, da Constituição, é apenas o Juiz competente para o processo criminal relativo ao delito e à pessoa de que se cuida, vale dizer, o Juiz competente para processar e julgar aquele cuja prisão está determinando, em razão do fato que está a motivar tal prisão."

desobediência, que na hipótese em que se relaciona com a desobediência da ordem judicial é permanente, ou seja, está em flagrante delito.

Esta situação de flagrante delito só pode ser avaliada pelo juiz cível, pois é ele quem irá analisar e aceitar ou rejeitar a justificativa apresentada pelo renitente; se a acolher, não houve desobediência; se a rejeitar, houve, e aí o juiz cível deve declarar o estado de flagrância, determinar a prisão e remeter as peças processuais respectivas para o juiz criminal.

Esta declaração de estado de flagrância pelo juiz cível não está em contradição com o nosso texto constitucional até porque a Constituição não pode ser interpretada em tiras, mas em harmonia com os demais princípios, tais como o da garantia da efetividade da tutela jurisdicional que é um dos pilares do Estado de Direito. O juiz tem o poder/dever de fazer cumprir suas determinações. A prisão em flagrante do renitente, no caso, deve ser vista como uma garantia do atendimento daquele direito que foi reconhecido pelo Judiciário.

XXXII – O crime de desobediência e seu alcance em relação a terceiro.

São sujeitos passivos do *contempt of court* todas as pessoas que obstruam ou interfiram no devido exercício das funções jurisdicionais, inclusive empregados do tribunal, partes litigantes e terceiros estranhos à lide. (Fabiane Bessa, p. 43)

Interessante a decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o terceiro também está sujeito à ordem de prisão por desobediência quando não cumpre ordem judicial.

É o que se extrai do julgamento proferido no *habeas corpus* n. 5544/MA,[177] que tem por ementa:

> "Penal. Processual. Descumprimento de decisão judicial. Crime de desobediência. Ordem de prisão. '*Habeas corpus*' preventivo. 1. Não se considera ilegal a ameaça de prisão contra gerente de empresa que, como substituta tributária, continua a reter o ICMS sobre operações interestaduais, apesar de decisão judicial em contrário. ..."

Os fatos foram assim relatados:

> "O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em Mandado de Segurança, determinou à Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga e outras distribuidoras que parassem de reter o ICMS, por substituição tributária, nas vendas feitas a partir de seus estabelecimentos no Maranhão para o Posto São Francisco, que fica no Pará.
> Considerando-a ilegal, já que proferida por Tribunal incompetente, os destinatários da ordem judicial continuaram a cobrar o imposto.
> O objetivo desta impetração é sanar a ameaça de prisão, por crime de desobediência, que o Desembargador-Relator explicita num despacho endereçado, dentre outros, aos dois ora pacientes, empregados da Ipiranga, incorporadora da Atlantic. ..."

---

[177] Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 16-02-98, p. 112.

Em seu voto, indeferindo o pedido, que foi acompanhado pelos demais Ministros, o Ministro relator diz:

> "Senhores Ministros, a única justificativa de que se vale o impetrante é a ilegalidade do ato emanado do Desembargador Relator do Mandado de Segurança, que o ameaçou de prisão caso não cumprisse a decisão judicial. Isto basta para que se conheça desta impetração (CF, art. 105, I, 'c').
> Não cabe a mim discutir, neste 'habeas corpus' preventivo, se a decisão de mérito proclamada pelo TJMA foi ou não acertada. Caberia a Ipiranga discutir este tema em grau de recurso, até mesmo para este STJ, como terceiro prejudicado. Não o fazendo, não se lhe reconhece o direito de resistir ao cumprimento do decidido naquele Tribunal.
> A mim resta claro que a conduta dos ora pacientes encontra-se eivada de tipicidade e ilicitude, pouco importando se a decisão dada seja legal ou ilegal.
> Bem observa o parecer ministerial, sob a lavra do Subprocurador-Geral da República dr. Eitel Santiago de Brito Pereira, transcrevendo trecho da obra de Magalhães Noronha, *in* "Direito Penal:
> **"Não condiz com o estágio atual da civilização que a pessoa seja juiz e parte ao mesmo tempo. Se alguém tem pretensão, que quer fazer valer, deve invocar o Estado-juiz para satisfazê-la**. É a este que compete dirimir o conflito em decidindo ou proclamando o direito. Como escreve Puglia, 'compete à autoridade social a atuação do direito, é conseqüência lógica a punição de todos aqueles atos cometidos por particulares, com o único fim de exercer um pretenso direito, nos casos em que poderia recorrer à autoridade.'"
> Como vimos nos capítulos anteriores, diversos delitos constituem embaraços, estorvos ou empecilhos à atuação regular da justiça, mas o exercício arbitrário das próprias razões é a negação dela: a pessoa despreza sua intervenção e age por conta própria. Ao lado de nocivos efeitos de semelhante comportamento, não há negar que ele é incentivo à descrença na função judiciária, com real dano para o Estado.'
> A persistência dos pacientes em não cumprir a decisão mandamental, sem se utilizarem dos meios judiciais cabíveis, demonstra conotação criminosa; a lei não confere, a quem quer que seja, a faculdade de desobedecer às decisões judiciais."

Desta decisão se extrai que todos estão obrigados a cumprir as determinações judiciais, mesmo que não sejam parte; se tiverem algo a

alegar devem recorrer aos meios judiciais apropriados e não simplesmente deixar de atender a ordem.

XXXIII – Da desobediência da ordem ou decisão judicial e da intervenção federal da União nos Estados e Distrito Federal e dos Estados nos Municípios.

Sabe-se que o princípio federativo consagra a descentralização do Poder e a autonomia dos Estados e do Distrito Federal e hoje também em grande parte a autonomia dos Municípios. Decorre deste princípio também a **não intervenção** nos Estados e nos Municípios, o que significa dizer que só em casos excepcionais, de reconhecida gravidade, devidamente expressos na Constituição, é que poderá haver intervenção.

Diz o artº. 34 da C.F.: *"A União **não intervirá** nos Estados nem no Distrito Federal, **exceto** para: .... VI – **prover a execução de ... ordem ou decisão judicial;**"*. Por sua vez o artº 35, IV, preceitua: *"O Estado **não intervirá** em seus Municípios ... **exceto** quando: .... IV – O Tribunal de Justiça der provimento a representação para ... **prover a execução** ... **de ordem ou de decisão judicial.**"*.

Da simples leitura destes dispositivos constitucionais e de sua conjugação com os princípios do federalismo e da autonomia dos entes políticos, que fundamentam nossa República, pode-se concluir que o desrespeito a uma ordem ou decisão judicial abala os alicerces da Federação, pois é um ato considerado de tal gravidade que justifica a medida excepcional de intervenção.

Sobre este aspecto, assim se manifestou o Ministro Celso de Mello:

> *"A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado*[178] *traduz imposição da Constituição, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito.*
> *O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, **notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público**, muito mais do que*

[178] ou qualquer outra decisão; não é necessário o requisito do trânsito em julgado. Esta referência foi feita pelo Ministro porque no caso em concreto trata-se de uma decisão condenatória já transitada em julgado.

simples incumbência de ordem processual, ***representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.***

É por tal razão que a desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas conseqüências, quer no plano penal (CP, art. 319 e DL nº 201/67, art. 1º, XIV), quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de ***impeachment*** *- Lei nº 1.079/50, art. 12, ns. 1, 2 e 4, c/c o art. 74; Lei nº 7.106/83, art. 1º e DL nº 201/67, art. 4º, VII), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios - CF, art. 34, VI, c/c o art. 35, IV).*"[179]

Se é assim, não se pode afirmar que alguém possa impunemente deixar de cumprir, injustificadamente, uma ordem judicial, invocando a autonomia da vontade, pois nem mesmo a autonomia dos Estados-membros autoriza tal comportamento.

---

[179] voto proferido como Relator na intervenção federal - questão de ordem - IFQO-590/CE. Julgamento datado de 17/09/1998 - Tribunal Pleno.

XXXIV – O crime de responsabilidade pelo descumprimento da ordem judicial.

O Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outros providências, também disciplina a questão da desobediência à ordem judicial, tipificando-a como crime no art. 1°, XIV, que diz:

> "Art. 1° São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
> I - ....
> XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou **deixar de cumprir ordem judicial**, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.
> § 1° Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os **demais** com a pena de detenção, de **3 (três) meses a 3 (três) anos**.
> Art. 2° O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:
> I – Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia no prazo de cinco dias. ..."

A desobediência injustificada da ordem judicial pelos prefeitos municipais é punida com pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Esta tipificação é uma garantia de que há muito já terminou o *governo das pessoas* e que agora vivenciamos o *governo das leis*, ou melhor, *o governo da lei constitucional.*

Há entendimento jurisprudencial no sentido de que: *"Prefeito municipal, agindo no exercício de sua função pública, responde por crime de responsabilidade se não cumprir decisão judicial sem justificação, por escrito, a autoridade competente, da recusa ou da impossibilidade (art. 1.*

XIV 'in fine' do Decreto-lei 201/67). A insubmissão nunca há de dar-se por capricho ou sem bom fundamento."[180]

Mas não são só os prefeitos municipais que respondem por crime de responsabilidade quando descumprem injustificadamente ordem ou decisão judicial; os governadores e até o próprio Presidente da República, aqueles nos termos do artº 88, VII da Constituição Estadual (no caso do Estado do Paraná) e este a teor do art. 85, VII da Constituição Federal, também cometem crime de responsabilidade quanto atentarem contra o cumprimento das decisões judiciais.

Desta visão panorâmica do assunto, não há como justificar que o próprio Presidente da República possa perder o cargo em razão do descumprimento de ordem judicial (art. 52, I e parágrafo único da Constituição Federal) e um funcionário qualquer, ou uma pessoa comum, com comportamento idêntico, possa ficar impune.

Esta impunidade destoa de todo o sistema. Se o sistema considera esta falta gravíssima, não se justifica uma interpretação tolerante e frouxa do crime de desobediência, quando está em jogo a credibilidade do Estado de Direito ou a efetividade do poder jurisdicional.

Teríamos um sistema jurídico no mínimo incoerente se considerássemos uma mesma falta como gravíssima para uns e inconseqüente para outros.

---

[180] HC-71875/SP. DJ 26-04-96. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Ministro Francisco Rezek.

XXXV – Um despropósito.

A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, prevê em seu artº 8º, § 1º, que: *"O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público* ***ou particular****, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis."*

Esta mesma lei prevê, em seu art. 10, que: *"Constitui* ***crime****, punido com pena de* ***reclusão*** *de* ***1 (um) a 3 (três) anos****, mais multa ...., a* ***recusa, o retardamento ou omissão*** *de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público."*

O que significa dizer que a desobediência à requisição do Ministério Público, no inquérito civil, é punida com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e não só a desobediência é punida, o atraso em obedecer também o é. É a positivação do *contempt of Court* em relação à atuação do Ministério Público. E isto é altamente positivo, porque o Ministério Público para desempenhar o papel de defensor da sociedade, a teor da Lei que disciplina a ação civil pública, teria que receber meios para tanto.

O despropósito é que o não-atendimento imediato da ordem do representante do Ministério Público é punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, enquanto que o não-atendimento da ordem judicial é punido, nos termos do art. 11 da mesma lei, apenas com a cominação de multa.

Ora, a finalidade do inquérito civil é a propositura da ação civil que será julgada pelo juiz; assim, analisada literalmente esta questão, os atos preparatórios se sobrepõem em importância à própria decisão, que é o objetivo daqueles, o que, a toda evidência, é um absurdo.

XXXVI – A construção da norma. A interpretação das leis segundo os princípios constitucionais.

A norma deve ser construída através da interpretação do texto infra-constitucional segundo a Constituição, o que significa dizer que a lei ordinária deve ser interpretada no sentido de se cumprir a Carta Magna; se a lei ordinária não se encaixa perfeitamente no sistema constitucional, deve ser modelada de modo a que se encaixe, porque só assim estará se legitimando.

Os princípios constitucionais devem ser interpretados no sentido de que um não anule o outro, ou seja, no sentido em que se harmonizem, pois a Constituição deve ser interpretada como um todo.

Existem princípios constitucionais, elencados no artº 5º da CF, que aparentemente se encontram em conflito neste tema; são eles:

a) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (II)
b) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (XXXV)
c) ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (LIII)
d) ninguém será privado da liberdade ... sem o devido processo legal; (LIV)
e) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (LV)
f) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (LVII)
g) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (LXI)

h) ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (LXVI)

i) não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (LXVII) e

j) conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (LXVIII).

Importa que todos estes princípios sejam respeitados, harmonizados, pois a interpretação sistemática deve conduzir à unidade e à coerência.

Assim como todos estão obrigados a cumprir a lei, todos estão obrigados a cumprir as ordens judiciais que nada mais são do que a lei em sentido concreto. A decisão do juiz é o sopro de vida no direito abstrato, que está em estado latente.

O princípio da autonomia da vontade, muito invocado por aqueles que "endeusam" os direitos individuais e defendem a intocabilidade da pessoa humana, é como qualquer outro princípio, relativo; não se trata pois, de um dogma, ou de princípio absoluto; deve ser respeitado até onde não coloque em risco um interesse maior que é o da pacificação social que só se consegue transferindo a solução dos conflitos de interesses para o Poder Judiciário e cumprindo suas determinações. Além do que a liberdade da pessoa deve ser garantida quando a mesma está agindo conforme o direito; a liberdade deve ser protegida, mas o abuso não.

O princípio do acesso à Justiça, em sentido material, impõe uma nova visão do processo civil, no sentido de ele ser visto como processo civil de resultado e não apenas de declaração, e para que isto seja possível, é indispensável que o juiz tenha instrumental eficaz para fazer com que suas ordens sejam cumpridas, caso contrário a promessa de prestação de tutela jurisdicional se transforma numa falácia.

O processo e o julgamento do crime de desobediência da ordem do juiz cível ficam a cargo do juiz criminal, o que não significa dizer que não possa se iniciar perante aquele, pois o que se visa é reprimir o atentado à dignidade da jurisdição de maneira geral, além do que a prisão em flagrante pode ser, como já se disse, efetuada por qualquer do povo, e desta expressão não há como se excluir a pessoa do juiz cível.

Levanta-se o argumento de que a decretação do flagrante pelo juiz cível não atende ao 'devido processo legal'. Este argumento deve ser rejeitado porque o 'devido processo legal' é atendido quando se garante o contraditório, ou seja, quando se dá oportunidade para que o renitente justifique seu comportamento, e se lhe garante também o recurso

apropriado para que o mesmo se insurja contra a decisão interlocutória. Há ainda, para a salvaguarda de seus interesses, o remédio do *habeas corpus*. A possibilidade da interposição do agravo de instrumento da decisão que decretar o estado de flagrante, ao qual pode-se atribuir efeito suspensivo a teor do art. 527, II do Código de Processo Civil, é outra alternativa colocada à disposição do interessado, servindo esta para reforçar o argumento de que a apreciação deste estado de flagrância deve ficar a cargo do juiz cível.

O princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória convive com a possibilidade de a pessoa ser presa em flagrante delito, por esse motivo não haverá qualquer inconstitucionalidade na ordem de prisão em flagrante contra quem desobedece injustificadamente a uma ordem judicial.

A questão da liberdade provisória ou fixação de fiança, no caso, esbarra no fato de a desobediência à ordem judicial ser um crime permanente; se a desobediência continuar, o crime continua sendo praticado, apresentando-se inviável a liberdade provisória ou a fixação de fiança, pois não se pode, através destes institutos autorizar que o agente continue praticando o delito. A liberdade provisória ou a fixação de fiança, no caso, caracterizaria uma situação estranhíssima, pois a autoridade, ao mesmo tempo que concede qualquer destes benefícios, deve, de imediato, prender novamente o delinqüente, porque o crime continua sendo cometido.

Por outro lado, sempre é bom salientar que o fato a ser punido não configura prisão por dívida, pois não é o inadimplente que estará sendo castigado, mas o desobediente, ou seja, aquele que não cumpre a ordem judicial porque não quer.

Uma ordem de prisão em flagrante por crime de desobediência à ordem judicial, em nome da efetividade da jurisdição, garantida constitucionalmente, não pode ser considerada um ato ilegal ou arbitrário, porque tem por finalidade tornar real esta garantia. Além disto encontra amparo no princípio fundamental que garante a independência do Poder Judiciário e no próprio Estado Democrático de Direito, sem esquecer o princípio republicano.

Todavia a prisão em flagrante, pela sua gravidade, e atendendo ao princípio da menor onerosidade consagrado no nosso ordenamento processual civil (art. 620), deve ser utilizada somente em último caso, ou seja, depois que todos os outros meios para demover a resistência do desobediente tenham falhado, ou quando estes outros meios se mostrem desde logo insuficientes.

Ainda assim, só deve ser utilizada após ter sido dada a oportunidade para que o renitente apresente uma justificativa para sua falta, pois esta oportunidade está prevista inclusive para aquele que deixa de pagar alimentos. Só em casos extremos, de grande repercussão social é que este contraditório pode ser diferido.

A prisão em flagrante pode ser decretada tanto em relação ao crime de desobediência, quanto ao crime de prevaricação ou de responsabilidade, pois todos, a este respeito, são crimes permanentes.

XXXVII – Do procedimento ideal a ser adotado para a declaração do estado de flagrância do renitente.

Para que se possa declarar o estado de flagrância daquele que injustificadamente não cumpre ordem judicial, deve-se adotar, com as modificações necessárias, o procedimento previsto no art. 733 do Código de Processo Civil, no capítulo que trata da **execução de prestação alimentícia**, que prevê expressamente a aplicação da coação típica do **contempt of Court** em nosso ordenamento jurídico, só que em relação à dívida e com autorização expressa no art. 5°, LXVII, da Constituição Federal.

Este procedimento tem, dentre outras, as seguintes vantagens: a) por se tratar de medida incidental é, normalmente, mais ágil; b) garante o princípio constitucional do contraditório, e, c) tem duração condicionada à cessação da teimosia do desobediente.

A adoção deste procedimento pode ainda auxiliar para que se determine o momento da consumação do crime de desobediência em relação à ordem do juiz cível, a qual só se dará após ter sido dada oportunidade para que o responsável pelo cumprimento da ordem tenha tido ocasião para justificar sua omissão e esta não tenha sido acolhida pela referida autoridade judiciária, em decisão fundamentada. Eis mais um motivo para que, em benefício do interessado, a questão do flagrante seja resolvida pelo juiz cível, pois este só em decisão fundamentada poderá considerar que ocorre o estado de flagrância.

Neste sentido vem a propósito a seguinte manifestação jurisprudencial das Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo: "o delito de desobediência se consuma após decorrido o prazo fixado pela autoridade ou lapso suficiente que caracteriza o descumprimento da ordem"[181], fazendo remissão à doutrina de Magalhães Noronha.[182]

É importante frisar que a justificativa pelo não-cumprimento da ordem judicial, para ser aceita, há de ser tal que fique evidenciada uma flagrante ilegalidade da ordem; nem mesmo o fato de a decisão vir a ser

---

[181] RT-499, ps. 304/5.

[182] "Direito Penal", 4° vol./414, ed. 1962.

reformada por órgão de instância superior pode ser aceito como justificativa, uma vez que, enquanto estava prevalecendo, era uma ordem judicial legítima.[183] Não se exige apenas o cumprimento da ordem judicial que transitou em julgado, mas de toda e qualquer ordem judicial. Todavia, para que se justifique a declaração de flagrante é preciso algo mais, é preciso que o valor jurídico, jurídico ou social, a ser protegido seja tal que justifique o sacrifício da liberdade do desobediente, pois em caso contrário a atitude do juiz cível, em relação ao crime de desobediência deverá ser apenas o de, uma vez não aceita a justificativa, encaminhar peças ao Ministério Público para as providências que entender cabíveis.

O procedimendo previsto no art. 733 do CPC é:

> "Na execução de sentença **ou de decisão,** que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, **em três (3) dias**, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
> § 1° Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.
> § 2° O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
> § 3° Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão."

Fazendo as necessárias adaptações, ter-se-á a seguinte norma para punir aquele que descumpre injustificadamente ordem judicial, que não se refira a cobrança de dívida e que vise garantir direito constitucionalmente relevante.

O juiz cível que expediu a ordem não cumprida determina a intimação do renitente para que em cinco dias[184] a cumpra ou justifique a impossibilidade de cumpri-la. Aceita a justificativa, não se caracteriza a desobediência, porém, se rejeitada, há de se declarar o renitente como em estado de flagrância, quer por crime de desobediência, quer por crime de prevaricação, quer por crime de responsabilidade, porque esta tipificação ficará a cargo do juiz criminal, uma vez que a flagrância terá por fundamento fático apenas o não-cumprimento, injustificado, da ordem judicial.

Este flagrante cessará quando a ordem for cumprida.

---

[183] RHC-61170/SP. Relator Ministro Aldir Passarinho. Segunda Turma. Data do julgamento: 14 de dezembro de 1984.

[184] Deve-se aplicar o contido no art. 185 do CPC. por falta de previsão específica a respeito deste prazo.

Ao declarar o estado de flagrância e ser procedida a prisão, o juiz cível determinará a observância dos preceitos constitucionais previstos nos incisos LXII e LXIII da nossa Carta Política.

Este procedimento, para que não se fira de maneira arbitrária o direito à liberdade, deve ser utilizado apenas quando outros meios, tais como a aplicação de multa, busca e apreensão, desfazimento de obras etc... não forem suficientes para a satisfação do direito que foi reconhecido judicialmente, pois somente depois de esgotados estes meios é que o Poder Judiciário, em defesa do Estado de Direito e no cumprimento de suas funções constitucionais, poderá, legitimamente, restringir a liberdade de alguém.

Não se pode esquecer de que as medidas anteriores, tais como a aplicação de multa e busca e apreensão, devem ser resolvidas em prazo razoável, para que não fique comprometida a efetividade da ordem judicial; nada impede que se vislumbre, desde logo, uma vez que evidente, a inocuidade da aplicação da pena de multa ou impossibilidade prática de uma remoção de bens ou busca e apreensão, hipótese em que se deverá iniciar de imediato o procedimento relativo à constatação da flagrância pelo delito de desobedecer ao mandamento judicial.

XXXVIII – Uma particularidade interessante da nossa magistratura.

Nossa magistratura tem uma particularidade interessante, pois, enquanto em outros países a jurisprudência tem evoluído no sentido de criar instrumentos para tornar a ordem judicial efetiva, visto que tanto as 'astreintes' na França, como o 'contempt of Court' na Inglaterra foram criados através de construção pretoriana, a nossa jurisprudência tem percorrido, na maioria das vezes, um caminho em sentido contrário, ou seja, procura interpretar a lei, quando se trata de estabelecer mecanismos para garantir a dignidade da jurisdição, o mais restritivamente possível, de modo a dificultar ao máximo a coação pela ameaça de prisão para quem desobedece à ordem judicial. Inúmeras construções normativas são feitas, todas com bons fundamentos infra-constitucionais, porém deixando de lado a necessidade de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Todas podem caber na 'moldura' referida por Kelsen, porém não há de se excluir desta moldura a norma aqui defendida.

XXXIX – A necessidade de se observar a razoabilidade.

O fato de o juiz cível poder declarar o renitente em estado de flagrância e determinar sua prisão não significa que possa fazer isto indiscriminadamente; não se pode esquecer de que esta é uma medida excepcional, extrema, pois afeta um dos principais, dos fundamentais, direitos da pessoa, que é a liberdade; esta medida só deve ser usada em casos em que outra medida não resultou eficaz, ou em que as circunstâncias sejam tais que imponham sua aplicação de plano, como por exemplo certas questões de direito ambiental que não se compatibilizam com a reparação, exigindo a prevenção, mesmo porque existem muitos danos ambientais que são irreparáveis, ou outras situações em que as circunstâncias, pela sua excepcionalidade, a exigirem. Há de se observar, portanto, o princípio da imprescindibilidade de tal providência.

Concomitantemente deve-se fazer presente a razoabilidade. A imposição desta medida restritiva de direito deve levar em conta os valores em jogo. Não se há de impô-la para proteger bem supérfluo ou mero capricho. Também não se justifica sua aplicação, v.g., em prestação de contas decorrente de alvarás que visam o levantamento de pequenas importâncias para o sustento de menor ou seus familiares, porque *"razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito ('Zumutbarkeit oder VerhältnismäBigkeit im engeren Sinne') significa que o sacrifício decorrente esteja em relação devidamente sopesada e ponderada com a finalidade perseguida. Trata-se de uma ponderação de valores constitucionalmente positivados como direitos, garantias ou bens jurídicos."*[185]

Este princípio, além de decorrer dos princípios constitucional do devido processo legal e do não excesso já está consagrado a nível infra-constitucional nos art°s. 620 e 805 do Código de Processo Civil.

Desta forma o sacrifício da liberdade só será possível se o bem jurídico a se proteger for de tal relevância que o justifique, pois deverá haver compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados, e esta análise só pode ser feita no caso concreto, pelo intérprete.

---

[185] Yamashita, Douglas. *Controle de constitucionalidade de medidas provisórias à luz do princípio da proporcionalidade : considerações sobre o Estado democrático de direito no Brasil.* Repertório IOB de Jurisprudência, n. 5/99 – caderno 1 – p. 169.

Discorrendo sobre o princípio da razoabilidade, escreve Luiz Roberto Barroso: *"é um parâmetro de valorização dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar."*

Em outras palavras, há de se atender o princípio da *proibição de excesso*, segundo o qual, deve-se observar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade relativamente as medidas restritivas.[186]

Assim, apesar do crime de desobediência poder ser considerado permanente, o estado de flagrância a ser declarado pelo juiz cível só se justifica quando estiverem presentes os requisitos da imprescindibilidade do meio e da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito, e principalmente o valor: justiça. Em resumo, quando se caracterizar uma espécie de *estado de necessidade* que exija, em nome do interesse público, a adoção desta medida. Há de se formular a seguinte pergunta: é justa, necessária e indispensável, no caso concreto, a prisão. Se a resposta for sim, haverá de ser declarado o estado de flagrância; se for negativa, não.

---

[186] Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 1162.

XL - Conclusões:

a) a situação atual é de descrédito, inclusive por parte dos tribunais, na efetividade da prestação jurisdicional;
b) esta situação se agrava quando se constata que em inúmeras situações os obstáculos à esta efetividade partem do próprio poder público;
c) não são apenas os legisladores, juízes, promotores e advogados que devem entender a linguagem jurídica; a dimensão social do processo exige que esta linguagem seja compreensível também e principalmente pelo consumidor do Direito, porque é ele seu destinatário final e é em função dele que o Direito existe;
d) a natureza do Direito é instrumental e a essência desse instrumento é a coatividade que se exerce mediante a possibilidade de constrangimento físico ou de execução forçada;
e) jurisdição não significa apenas dizer o direito, mas dizer e fazer cumprir;
f) é falso o dogma de que o Direito só pode ter uma interpretação;
g) o intérprete tem sempre de ficar com uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação;
h) o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis;
i) o Direito a se aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação;
j) deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis;
k) o intérprete deve construir 'pontes' entre as interpretações formal e material da Constituição e o princípio da proporcionalidade é adequado para tanto;
l) o princípio constitucional do acesso à Justiça não se restringe ao seu aspecto meramente formal, ou seja, não se limita a que o Estado simplesmente diga o direito, mas exige que o Estado faça com que este direito se realize de fato;
m) quando o Estado retirou do particular o poder de fazer justiça com as próprias mãos, tipificando no art. 345 do Código Penal o crime de

"exercício arbitrário das próprias razões" e instituindo o monopólio da jurisdição, assumiu, concomitantemente, o dever de realizar a tarefa de dar solução aos litígios de maneira eficiente;

n) a tutela jurisdicional necessita ser eficiente para evitar que se torne legítima a utilização da justiça de mão própria;

o) o processo civil contemporâneo deve ser um processo de resultado e não apenas de declaração;

p) é da tradição do nosso ordenamento jurídico, de vez que já estava prevista nas Ordenações Filipinas, a aplicação da execução indireta (inclusive aplicação de pena restritiva de liberdade) para fazer com que as ordens judiciais sejam cumpridas;

q) o estudo do direito comparado é hoje, mais do que nunca, imprescindível;

r) o estudo do direito comparado possibilita melhor compreensão do nosso sistema jurídico, bem como possibilita que a interpretação evolua no sentido de fazer com que a função judiciária dê uma resposta mais eficaz aos reclamos sociais;

s) o direito processual civil é uma técnica, e, como técnica, não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal;

t) o nosso direito processual sempre teve e continua tendo grande influência do direito estrangeiro;

u) é dever irrenunciável do jurista aproveitar as influências positivas e combater as negativas que vêm do direito comparado;

v) o Judiciário há muito deixou a subserviência a este ou àquele Poder; sua independência é uma realidade; hoje deve obediência à lei apenas se ela for constitucional, e é ele próprio quem faz este controle na condição de guardião maior do Texto Magno, função que lhe atribui o poder/dever de coibir qualquer arbitrariedade dos demais Poderes, ou de quem quer que seja, inclusive de seus próprios membros, bem como de atuar aperfeiçoando e até mesmo criando o Direito, pois não mais se limita a aplicar a lei tal qual elaborada pelo legislador, pois lhe cabe reelaborá-la para torná-la mais justa e adequada;

w) pelo princípio constitucional da igualdade, a proibição de fazer justiça com as próprias mãos alcança tanto o autor como o réu. Se for permitido ao réu descumprir injustificadamente a decisão judicial favorável ao autor, estar-se-á permitindo que o réu faça prevalecer voluntariosamente aquilo que ele entende que está certo, colocando-se acima do poder jurisdicional. Assim agindo, estará ele fazendo não uma justiça com as próprias mãos, mas impondo uma injustiça que na prática se sobrepõe à Justiça estatal;

x) o poder de o juiz reprimir a desobediência injustificada de sua ordem, por medidas civis ou penais, é um poder que está por sua natureza inseparavelmente ligado ao exercício da jurisdição;

y) em nosso Código processual civil a resistência injustificada às ordens judiciais já é considerada como ato atentatório à dignidade da justiça, conforme art. 600, III;
z) a possibilidade de prisão por desobediência à ordem do juiz cível já é expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico no art. 885 do Código de Processo Civil e art. 35 da Lei de Falências;
aa) nas ações possessórias é possível utilizar-se da força policial para fazer respeitar o mandado que deferiu a liminar;
bb) nesta passagem de milênio os sistemas jurídicos do 'common law' e do 'civil law' estão convergindo para um encontro, por isso as influências recíprocas se intensificam;
cc) a doutrina e a jurisprudência, principalmente em se tratando de efetividade do Direito, estão recorrendo cada vez mais ao direito comparado para a elaboração de uma interpretação construtiva no sentido de garantir a eficácia não apenas formal, mas material à prestação jurisdicional;
dd) as hipóteses de abuso de direito e de litigância de má-fé previstas no nosso Código de Processo Civil se assemelham com aquelas previstas em outros ordenamentos jurídicos, a diferença está apenas no grau da punição;
ee) a punição da litigância de má-fé, que tem como a hipótese mais grave a desobediência injustificada da ordem judicial, deve ser suficiente para prevenir esta prática; prevenção esta que não vem se dando entre nós, o que significa dizer que a punição aplicada não tem sido suficiente;
ff) as 'astreintes' podem ser aplicadas à pessoa física do administrador público;
gg) é possível, excepcionalmente, o juiz cível considerar em flagrante delito, por crime de desobediência, de prevaricação ou do Decreto n. 201, art. 1° XIV, a pessoa que, sem justificativa plausível, descumpre sua ordem, pois acima do direito individual daquele que abusa de seu direito de autonomia da vontade, está o interesse coletivo em fazer com que a jurisdição seja eficiente, e que bens ou valores relevantes sejam efetivamente protegidos, ainda que com o sacrifício da liberdade do renitente;
hh) a prisão em flagrante pode ser decretada pelo juiz cível porque é ele quem vai apreciar a justificativa do renitente, o qual só estará em flagrante se a justificativa não for aceita;
ii) a recusa da justificativa deve se dar em decisão fundamentada;
jj) da decisão que considera o renitente em flagrante delito é cabível o recurso de agravo de instrumento, o qual pode receber efeito suspensivo; além deste recurso também é cabível o *habeas corpus*;
kk) antes de se considerar o renitente em estado de flagrante delito, deve-se-lhe dar oportunidade para, em respeito ao princípio constitucional do contraditório, ofereça justificativa para seu ato. Somente após a

observância do contraditório é que o juiz cível, em decisão fundamentada, poderá declarar o estado de flagrância;

ll) apenas em casos excepcionalíssimos este contraditório pode ser diferido;

mm) para a aplicação da pena de prisão em flagrante em razão do descumprimento da ordem do juiz cível, deve-se adotar, como modelo, o procedimento previsto no art. 733 do Código de Processo Civil, com a dilatação do prazo de justificativa de 3 para 5 dias;

nn) a prisão em flagrante por desobediência de ordem do juiz cível, por ter por objetivo o cumprimento desta ordem, alcança tanto o crime de desobediência como o de prevaricação e o de responsabilidade;

oo) os crimes de desobediência, prevaricação e de responsabilidade, em relação ao não-cumprimento injustificado de decisão judicial, podem ser considerados permanentes dependendo da gravidade dos efeitos decorrentes da renitência injustificada;

pp) o flagrante, quando estiverem em jogo valores constitucionais relevantes, não pode ser relaxado enquanto a pessoa não cumprir a ordem;

qq) a duração da prisão em flagrante cessa imediatamente com o cumprimento da ordem, porém se, mesmo apesar dela, o renitente persistir, o tempo da prisão em flagrante deve se limitar ao tempo da pena prevista para o tipo penal;

rr) a prisão só pode ser imposta quando todos os outros meios falharem, ou seja, quando se mostrarem ineficazes medidas como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, imposição de multas etc;

ss) existindo outra alternativa eficaz para vencer a resistência do renitente, não se pode, em homenagem ao princípio da menor onerosidade, consagrado nos art°s. 620 e 716 do Código de Processo Civil, impor-se a prisão;

tt) a desobediência, para ensejar a declaração de flagrante pelo juiz cível, deve decorrer, não da imposibilidade ou extrema dificuldade de se cumprir a ordem judicial, mas da manifesta vontade de desobedecer, além do que esta medida só há de ser imposta para proteger valores constitucionalmente relevantes, que a justifiquem;

uu) não haverá prisão se a desobediência decorrer de inadimplência, porque em razão da inadimplência há a vedação, com as exceções expressas, contida no art. 5°, XVII da Constituição Federal;

vv) também não haverá prisão se a desobediência resultar da impossibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual, isto em razão do Dec. 592, 06/07/92 (LBJ 8/47). Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral da ONU. "Art. 11 – Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual";[187]

---

[187] Conforme Emílio Sabatovski e Iara P. Fontoura, in: *Constituição Federal*, p. 18, nota ao art. 5°, LXVII.

ww)a decisão que decretar o estado de flagrância pelo descumprimento da ordem do juiz cível deve levar em consideração os princípios da imprescindibilidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade. O sacrifício da liberdade não pode se dar para proteger um bem supérfluo ou de segunda ou terceira necessidade;

xx)o crime de desobediência não deixa de existir quando a decisão desobedecida é reformada;

yy)o crime previsto no art. 10 da Lei nº 7,347/85, que disciplina a ação civil pública, se constitui numa espécie de *contempt of Court*, para garantir a efetividade do trabalho do Ministério Público;

zz) a maior severidade com aqueles que desrespeitam e desmoralizam o Poder Judiciário, através do descumprimento de seus mandamentos, é uma providência que a sociedade reclama;

aaa)a segurança jurídica está em se garantir os direitos e não apenas em declará-los;

bbb) é papel da jurisprudência interpretar nosso ordenamento jurídico de forma criativa, no sentido de que não fique impune aquele que desmoraliza a jurisdição através do não cumprimento injustificado da ordem judicial, comprometendo a concretização dos direitos e valores constitucionalmente consagrados.

Bibliografia.

ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado.* Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ARMELIN, Donaldo. *O processo civil e a tutela do meio ambiente no sistema jurídico nacional.* In: Internet: Http://www.pge.sp.gov.br/ambiental/donaldo1.htm, página da W 15, 16/07/99.

BARROSO, Luiz Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional.* In: Revista Forense – vol. 336. Ps. 125/136.

BENETI, Sidnei Agostinho. *A Segunda fase da reforma processual civil.* In: Tribuna da magistratura – caderno de doutrina / julho / agosto 99.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O Direito Constitucional de Ação e o Contempt of Court.* Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba : 1995.

BONUMÁ, João. *Direito processual civil.* Saraiva, 1946.

BERMUDES, Sérgio. *O processo civil no terceiro milênio.* In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça – ano 3/nº 7 – 2º semestre/1999. Rio de Janeiro. P. 127-133.

BRASIL. *Código de Processo civil / coordenação Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.*

BRASIL. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* Alberto Silva Franco... [et al.], prefácio Paulo José da Costa Jr. – 5. Ed., rev. e ampl. – 2. tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. *Constituição federal de 1988.* Organizadores Emilio Sabatovski e Iara P. Fontoura. 6ª ed. atualizada até as Emendas 25 e 26, de 14/02/2000. Curitiba : Juruá, 2.000.

BRASIL. *Constituição federal, código comercial, código tributário nacional / organizadora do código comercial Vera Helena de Mello*

Franco; organizador do código tributário nacional Roque Antonio Carrazza. – 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000 – (RT-mini códigos).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Caracteriza constrangimento ilegal ordem de fazer a quem não integra a relação jurídico-processual. Processo sem citação (equivale à notificação no mandado de segurança) é inexistente. Não se confunde com o vício da citação. A sentença é nenhuma, como se referiam as Ordenações Filipinas. Coação caracterizada. O crime de desobediência é permanente, ensejando prisão em flagrante enquanto não cumprida a determinação.* Recurso de *habeas corpus* nº 1.060-SP. Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF. Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pacientes: Regina Célia C. Goindo e outros. Relator orig.: Min. Costa Leite. Relator desig.: Min. Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 23 de abril de 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de condução coercitiva por descumprimento de medida liminar. Peculiaridades do caso. Aos Tribunais e aos Juízes é assegurado o direito-dever de fazerem cumprir as suas decisões sem ofensa ao 'jus libertatis'. O caso trata de liminar concedida em mandado de segurança sem que se tenha notícia do julgamento do mérito. Alegação de impedimento justificável, então, para o cumprimento da ordem. Recurso provido parcialmente para impedir a prisão dos pacientes sem prejuízo da instauração do inquérito policial.* Recurso de 'habeas corpus' n. 1373-SP. Recorrentes: Altino da Cunha e outro. Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pacientes: Altino da Cunha e Carlos Alberto Ferriani. Relator: Ministro Costa Lima. Data do julgamento: 2 de outubro de 1991. DJ. 21.10.1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança impetrado em primeira instância contra o Banco Central do Brasil. Concessão de liminar para o depósito em juízo do valor questionado. Descumprimento pela autoridade impetrada. Decisão do juízo determinando a efetivação do depósito sob pena de multa diária e nomeação de administrador judicial para que seja praticado o ato determinado na liminar. Conflito de atribuições. Liminar concedida para suspender o ato impugnado. Liminar. Subsistência que não se recomenda, tanto mais porque desprovida a espécie de um dos seus pressupostos indispensáveis, qual o concernente ao 'periculum in mora'. Ademais, o que a realidade dos autos demonstra é que o impetrado, ora suscitante, mais uma vez procura se utilizar de uma medida, dentre as tantas que sem sucesso ajuizou, para se furtar ao cumprimento da decisão impugnada. ADMINISTRADOR JUDICIAL. A substituição do agente do poder público por um administrador 'ad hoc', em ordem a cumprir a liminar, com a efetiva transferência do numerário à conta do juízo, não encontra suporte legal e invade*

privativa competência da entidade pública. Conflito parcialmente procedente. Conflito de atribuições nº 46-9 - São Paulo. Autor: Banco Multiplic S/A. Réu: Banco Central do Brasil. Suscitante: Banco Central do Brasil. Suscitados: Presidente do Banco Central do Brasil - Juízo Federal da 9ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Américo Luz. Data do julgamento: 20 de junho de 1995. DJ. 25 de setembro de 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas conseqüências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de 'impeachment'), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios). Impossibilidade de decretação de intervenção federal em município localizado em Estado-membro. Os Municípios situados no âmbito dos Estados-membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente a esses entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro. Magistério da doutrina. Por isso mesmo, no sistema constitucional brasileiro falece legitimidade ativa à União Federal para intervir em quaisquer Municípios, ressalvados, unicamente, os Municípios 'localizados em Território Federal...' (CF, art. 35, 'caput').* IFQP-590/CE. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região *versus* Município de Ibiapina/CE. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 17 de setembro de 1998. Tribunal Pleno. Publicação no DJ de 9 de outubro de 1998, p. 5, ement vol. 01926-01, p. 1.

BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. *O papel emitido como duplicata de fatura, retido pelo comprador, sem o aceite, desde que permitidas e possíveis outras diligências para reconstituição de titularidade igual, não se constitui num bem que se possa incluir nas exceções do art. 153, § 17* (atualmente art. 5º LXVII), *da Constituição da República Federativa do Brasil, admitindo-se a*

pena de prisão pela sua não devolução. Apelação n. 220.451. Moform - Indústria de Móveis Ltda. *versus* Casa de Móveis Neno Ltda. Relator: Juiz Marzagão Barbuto. Revista dos Tribunais vol. 491, p. 103-105, setembro de 1976. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais). *'Habeas corpus' preventivo. Tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC). O novo artigo 461 do CPC, introduzido pela Lei nº 8.952/94, veio possibilitar a eficaz e pronta tutela antecipada e definitiva das obrigações de fazer e não fazer, priorizando sua execução específica. Para tanto, autorizou o Julgador a emitir provimento mandamental, podendo determinar, de ofício ou a requerimento da parte, todas as medidas necessárias capazes de assegurar a tutela específica do direito do autor ou obtenção do resultado prático equivalente, inclusive cominando sanções contra a liberdade pessoal do reniente destinatário do comando sentencial. Em tais circunstâncias, a cominação de prisão em flagrante, pelo próprio Juiz que prolatou a sentença, daquele que descumprir a ordem judicial, que foi regularmente proferida de acordo com o devido processo legal, não enseja a concessão de 'habeas corpus'. O respeito e o acatamento às decisões judiciais é pedra angular do Estado Democrático de Direito.* 'Habeas corpus' 13/97. 3ª Turma. Impetrante: Marcos Bastos Saldanha (em favor de José Afonso Bicalho Beltrão da Silva e Antônio Abrão Caram Filho). Impetrada: 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Juiz de Fora-MG. Relator: Juiz José Roberto Freire Pimenta. Data do julgamento: 6 de agosto de 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil : segun el nuevo código.* Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo, prólogo de Hugo Alsina. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* 6. Ed. rev. (reimpressão). Coimbra : Livraria Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____, *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas.* Conferência de abertura do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil realizado em Curitiba, proferida em 18.11.91.

_____, *Proceso, ideologias, sociedad.* Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tonias A. Banzhaf. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático,* 5. Ed. Belo horizonte : Del Rey, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário : fundamentos jurídicos de incidência.* 2ª ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 1999.

_____, *Teoria da norma tributária.* 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.

CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti.* Milano : Dott. A. Giuffré Editore, 1980.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, Comentários à Constituição de 1988 : sistema tributário, 6ª edição "Revista e Ampliada" – Rio de Janeiro : Forense, 1996.

COSTA, Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil.* 3. Ed. atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 1982.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil;* tradução de Mozart Victor Russomano. – 3ª ed. – Rio de Janeiro : Forense, 1998.

CRETELLA Júnior, José. *Comentários às leis do mandado de segurança.* 2. Ed. São Paulo : Saraiva, 1980.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis.* Impressão Histórica da Ibero-americana – Barcelona – 1939. Canoas : Livraria e editora Vendramim.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo; [tradução Hermínio A. Carvalho].* São Paulo : Martins Fontes, 1986.

DELMANTO, Celso & DELMANTO, Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código penal comentado.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução de liminar em mandado de segurança – desobediência – meios de efetivação da liminar.* In: Revista de Direito Administrativo – abril/junho – 1995, vol. 200. Renovar – FGV – Fundação Getulio Vargas, ps. 309-325.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *A crise do Processo de Execução.* In: Internet.Http;//www.genedit.com.br/3rdpc/2/doutnac/rogeria.htm, página da W, 20, 16/07/99.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal brasileiro anotado, 6. Ed. atual. de acordo com a legisl. E a jurisp., abrangendo o processo por crimes eleitorais.* Edição histórica, vol. I. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980, produzido em convênio com as Faculdades Integradas Estácio de Sá.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de processo civil comentado.* Vol. II (arts. 444 a 889). 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho.* Prólogo de Tomás-Ramón Fernández Rodriguez. Madrid : Editorial Trotta, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Pinto. *Da denunciação da lide.* Rio de Janeiro : Forense, 1970.

GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª edição revista e atualizada – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*,volume I; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *União Européia – a esperança de um mundo novo.* Estudo produzido durante permanência como *Visiting Fellow* no Robert Schuman Center (European University Institute) em Florença, ps. 44.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado;* tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Pericles Prado. – São Paulo : Martins Fontes : Brasilia : Editora Universidade de Brasília, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; tradução João Baptista Machado; preparação do original Márcio Della Rosa. 4. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1994. (Ensino Superior)

MACHADO, Agapito. *O aspecto Penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental.* In: Revista dos Tribunais – ano 84 – Dezembro de 1995 – vol. 722. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

MACHADO, Hugo de Brito. *Prisão por desobediência a ordem judicial.* In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. Ano 16, janeiro – 1992, vol. 96. São Paulo : Editora Jurid Vellenich, ps. 25-39.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer).* In: Internet, http://www.genedit.com.br/3rdpc/1/doutnarc/luig.htm, página da W 9, 16/07/99.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência.* Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Tutela inibitória : individual e coletiva.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol. IV. Campinas : Bookseller, 1997.

MARQUES, Luiz Guilherme. *O Processo Civil Inglês.* In: *'O Neófito'.* In: Internet, http://www.neofito.com.br/artigos/pcivil12.htm, 1 de 2, 08/09/99.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação de Direito,* Editora Freitas Bastos, 4. Ed., RJ, 1947, p. 205.

MILLS, Jon & MCLENDON, Timothy. *Autoridade Legal e o Papel do Judiciário no Direito Ambiental e no Uso do Solo.* In: *Programa de Treinamento na Área de Direito Ambiental para Juízes, Promotores e*

Advogados: Um Modelo para o Brasil. Centro para a Responsabilidade Governamental (Center for Governmental Responsibility) Escola de Direito da Universidade da Florida. Florida ; John Tucker, JoAnn Klein, Editores, 1996, ps. 29-53.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Código penal interpretado.* São Paulo : Atlas, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado,* parte geral, tomo II. Bens. Fatos jurídicos, 2. Ed. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1954.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil,* tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro : Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual : Quinta série.* São Paulo : Saraiva, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *'Reformas e Poder Judiciário'.* 'In' Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça, ano 3/nº 6 – 1º semestre/1999. Rio de Janeiro : Editor Jessé Torres Pereira Júnior, ps. 74 a 90.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. Atualizado até 8/1996.* 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvado & Lacerda, Galeno. *Comentários ao código de processo civil; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973,* volume VIII, tomo II, arts. 813 a 889, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Luís Maurício Sobré de. Notas sobre a interpretação do Direito. Tribuna da magistratura – caderno de doutrina / setembro 99, 145.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Direito do trabalho mínimo.* In: Boletim Informativo Juruá, ano 8 - 252, período 11 a 20 de abril de 2000. Curitiba : Juruá, 2000, ps. 9/10.

PELEGRINO, Carlos Roberto Motta, *Direito, sociedade e linguagem,* 28ps.

POPP, Májeda Denise Mohd. Dissertação de mestrado: *A ação cominatória como meio para a efetividade do direito.* Apresentada à coordenação do curso de mestrado em Direito, mantido pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995, 162 ps.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. Coordenação: José Tavares de Sousa. 2ª ed. . Coimbra Editora, 1997.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, Diário da República, n. 218/97 I-A série. 20 de setembro de 1997.

PRATA, Edson. *As 'astreintes' no direito brasileiro.* In: Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba, v. 22, 2º trim. 1980. Rio de Janeiro: Forense 80, ps. 13-50.

ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil,* vol. VIII - artigos 796 a 889. Rio de Janeiro: Aide Editora e Comércio de

Livros, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social;* tradução Antonio de Pádua Danesi, São Paulo : Martins Fontes, 1989.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, *Comentários à Constituição de 1988 : sistema tributário*, - Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SILVA, João Calvão. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.* 2. Ed. (2. Reimpressão). Coimbra : Coimbra, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 15. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. II, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1990.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal = (Due process of Law).* Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz; a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo.* Porto Alegre : Fabris, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar.* 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1983.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *O 'direito de mentir' – a mentira no processo é crime?* In: Paraná Judiciário, vol. 46. Curitiba : Juruá, ps.19-20.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & ALMEIDA, Flávio Renato Correia de & TALAMINI, Eduardo. Coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 2. Ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. – (RT Didáticos).

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer.* In: Internet, http://eu.ansp.br/~trfsinf/revista/doutrin4.htm, página da W, 10, 16/07/99.

YAMASHITA, Douglas. *Controle de constitucionalidade de medidas provisórias à luz do princípio da proporcionalidade : considerações sobre o Estado democrático de direito no Brasil.* In: Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de março de 1999 – nº 5/99 – caderno 1 – Tributário, constitucional e administrativo, ps. 160/173.