

A Fase Atual da Reforma Processual **e a Ética no Processo**

Nelson Rodrigues Netto

Advogado em São Paulo. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP e do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UNIFMU.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – A harmonização das Tutelas Mandamentais e Executivas *Lato Sensu* no Código de Processo Civil. III – Os Deveres Éticos no Processo e o Ato Atentatório ao Exercício da Jurisdição. Bibliografia.

I – Introdução

Adotado o axioma de que a evolução da ciência reflete o incremento da civilização humana, na sociedade brasileira dois percursos diferentes foram escolhidos para o desenvolvimento das normas matrizes do direito substancial e do direito processual.

Em 10 de janeiro deste ano de 2003, entrou em vigor a Lei nº 10.406, suplantando o antigo Código Civil Brasileiro e introduzindo um novo corpo codificado de *normas de direito privado*.¹

¹ O novo Código Civil aproxima-se bastante de um verdadeiro *tratado de direito privado*, por ter encampado as normas gerais sobre o direito civil e o direito comercial, conquanto conviva no ordenamento com outros micro-sistemas, a exemplo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, além do arcabouço de legislação especial. No que tange à derrogação do Código Comercial de 1850,

De modo diverso, o processo civil não foi reformulado mediante a substituição integral do Código por outro diploma codificado. As mudanças têm sido realizadas de forma pontual, por meio de *mini-reformas*, consoante a lição do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que por intermédio de inúmeras leis vem gradualmente derogando o Código.

Apesar de gradativa e por tópicos, as alterações enfeixam um sistema distinto daquele oriundo do processo civil clássico, embasado no princípio da *efetividade do processo* e informado pelo valor fundamental do *acesso à ordem jurídica justa* a todos.²

Na fase atual da reforma processual, chamada de *2ª Fase*³ ou de a *Reforma da Reforma*⁴, três leis alteraram o Código de Processo Civil: (i) a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, relativa a recursos e reexame necessário; (ii) a Lei nº 10.358, de 27.12.2001, concernente ao processo de conhecimento; e, (iii) a Lei nº 10.444, de 7.5.2002, atingindo dispositivos dos processos de conhecimento, de execução e cautelar.⁵

asseveramos que: “Cabe esclarecer que o Código Comercial, por seu turno, remanesce regulando os seguros marítimos capitulados em seu Título VIII da Parte Segunda, uma vez que as normas gerais dispostas no Código Civil sobre seguros de danos ou de pessoas não vulneram aquelas especiais tratadas no diploma do Comércio, ex vi artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil de 1916). É oportuno ressaltar que somente esta parte do Código Comercial sobejou, posto que a “Parte Terceira – Das Quebras” foi derogada pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, o qual regula inteiramente a matéria concernente às falências e concordatas, e, o presente Código Civil, que por força do disposto em seu artigo 2.045, derogou expressamente a “Parte Primeira – Do Comércio em Geral”, apud Comentários ao Código Civil Brasileiro.

² Tomamos a liberdade de remeter o leitor para uma visão crítica sobre o processo civil clássico, em NELSON RODRIGUES NETTO, *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva Lato Sensu*; pp. 87/96.

³ Cf. LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do CPC*.

⁴ Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma da Reforma*.

⁵ Dos dispositivos modificados ou criados no CPC, pela fase atual da Reforma, estaremos tratando neste ensaio do artigo 14, alterado pela Lei nº 10.358/01; e dos artigos 461, 461-A, 621, 624, 627 e 644, alterados pela Lei nº 10.444/02. Abaixo estão as comparações entre as redações primitivas e as atuais.

Circunscrito ao objeto do presente trabalho, é de se destacar o aperfeiçoamento da harmonia entre as clássicas ações de conhecimento e execução e as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

A importância desta harmonização está em que os provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* tornaram-se o suporte dogmático para a sanção endoprocessual criada pelo novo inciso V e parágrafo único, do artigo 14, do CPC⁶, o qual constitui um dos preceptivos legais lastreado no elemento deontológico do processo.

De tal sorte, é importante recordar que a ação **mandamental** caracteriza-se por uma ordem expedida pelo juiz, determinando a observância de uma dada conduta, reforçada por uma medida coercitiva, a qual pode ser a imposição de uma multa ou a privação da liberdade, respeitados os permissivos constitucionais (artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal), que deve vigorar até que o demandado cumpra a determinação judicial, ou, que esta não possa mais ser cumprida, por motivos a este atribuíveis ou não.

Por outro lado, a ação **executiva *lato sensu*** define-se pela possibilidade de obtenção da prestação específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, por intermédio de medidas necessárias determinadas pelo juiz e realizadas por auxiliares da Justiça ou terceiros, independentemente de qualquer atividade do demandado.

⁶ Redação primitiva: “Art. 14 – Compete às partes e seus procuradores:(...)”.

Redação atual: “Art. 14 – São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...)”

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

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

O traço que lhes é comum reside em seu procedimento *sincrético* ou *híbrido*⁷, no qual o Juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos.⁸

Mais que simples aspecto exterior do procedimento, exsurge das tutelas mandamental e executiva *lato sensu* o abandono da estanqueidade das funções jurisdicionais inculcadas no trinômio das ações de conhecimento-execução-cautelar criando um *sistema híbrido* de atividades judiciais no interior de um único processo.^{9 10}

II – A harmonização das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* no Código de Processo Civil

A Lei nº 8.952, de 13.12.1994, ao dar nova redação ao artigo 461, do CPC, implantou um *sistema híbrido* de funções judiciais, elegendo a tutela específica, por meio de ações mandamentais ou executivas *lato sensu*, como modo primordial para solução de lides envolvendo obrigações de fazer e não fazer. Todavia, não houve a

⁷ Preferimos a expressão *híbrido* ao invés de *sincrético* para afastar qualquer confusão com a fase *sincretista* do direito processual (sobre as fases metodológicas do processo, v. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, pp. 42/45).

⁸ Afastamo-nos propositadamente da desinteligência entre os autores sobre consistirem a ação mandamental e a ação executiva *lato sensu* modalidades autônomas que possam ser enquadradas na consagrada classificação das ações de Chiovenda. Aos que negam tal possibilidade, as referidas tutelas jurisdicionais estariam abrangidas pela ação condenatória, possuindo como diferencial apenas o modo de execução do comando da sentença.

⁹ Neste sentido, já nos manifestamos: “*Deste modo, pelo modelo clássico do processo civil, a atividade jurisdicional se torna estanque e “aprisionada”, sem qualquer dinâmica ou flexibilidade, sendo que o exercício de uma dada ação somente poderia conduzir a efeitos a ela pertinentes, vedando-se, por exemplo, que no processo de conhecimento pudesse haver execução e vice-versa*”, ob. ult. cit., p. 95.

¹⁰ O artigo 273, do CPC, foi alterado, tendo sido incluída uma certa fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela, que afora as divergências doutrinárias sobre as diferenças entre ambas, podem ser consideradas dentro do gênero *tutelas de urgência*. Sobre a referida ‘fungibilidade’, consultar ARRUDA ALVIM, *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*, pp. 107/110.

devida adequação com o ordenamento posto, o que exigiu do intérprete um esforço exegético grande no afã de sua compatibilização.

Isto porque, tirante as ações que seguem procedimentos especiais, dúvida remanesce quanto à natureza jurídica da ação envolvendo obrigações de fazer e não fazer e seu modo de efetivação no plano da realidade fática.

Desde então, defendemos tratarem-se de ações mandamentais ou executivas *lato sensu*, que, como apontamos acima, tem por objeto pretensão que não se adequa, ou ao menos, não à perfeição, ao binômio condenação-execução.

Assim à luz de uma interpretação lógica e sistemática, obtendo o máximo rendimento que era possível ser extraído do mencionado artigo 461, assinalávamos que o regime jurídico implantado pelas tutelas mandamentais e executivas “*lato sensu*” na consecução específica das obrigações de fazer e não fazer (artigo 461), superava com extremada vantagem o procedimento bipartido da ação de condenatória e posterior ação de execução forçada, donde concluímos que: “(...) a única hipótese que vislumbramos para que seja instaurado o processo de execução é aquela concernente a prestações de fato contidas em títulos executivos extrajudiciais, ex vi art. 645, CPC”.¹¹

Parcela da doutrina, contudo, apontava que o procedimento correto a ser adotado deveria ser o da ação condenatória, cuja sentença de procedência, teria como eficácia apenas exortar o demandado a cumprir com o julgado, ao mesmo tempo em que constituía-se em título executivo judicial, para, em caso de recalcitrância daquele, servir para a instauração do devido processo de execução.¹²

Para dirimir as controvérsias, a Lei nº 10.444/02, alterando diversos artigos do Código de Processo Civil, acatou com primazia as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* para ações que tenham por pretensão uma obrigação de fazer ou não fazer, assim como, para entregar coisa.

¹¹ Idem, ibidem, pp. 114/8.

¹² Ver por todos, MARCELO LIMA GUERRA, *Execução Indireta, passim*.

Com efeito o artigo 644¹³, que se encontra no livro pertinente ao processo de execução, é explícito em afirmar que a *sentença* relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o artigo 461¹⁴, portanto, afastando a incidência do processo de execução. Este terá aplicação apenas subsidiária no processo de conhecimento, observando-se o procedimento contido no Capítulo III, Título II, Livro II, do Código de Processo Civil.

O processo de execução destina-se, agora, somente às pretensões fundadas em títulos extrajudiciais, e, mesmo nestas hipóteses, é lícito ao magistrado determinar provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu*, com base no artigo 461 e seus parágrafos. Neste sentido, já asseveramos que: “(...) *Ressalve-se que mesmo nestas situações [execuções com lastreadas em título extrajudicial], nenhum óbice há para que o magistrado se valha dos poderes conferidos pelo artigo 461, para obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação*”.¹⁵

¹³ Redação primitiva: “Art. 644 – Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida.

Parágrafo Único: O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo”.

Redação atual: “Art. 644 - A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”.

¹⁴ Redação Primitiva: “Art. 461 – (...)

§5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”;

Redação Atual: “Art. 461 – (...)

§5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

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

¹⁵ Ob. ult. cit., p. 118. Igualmente, já defendia esta posição antes da fase atual da reformar processual, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, p. 1.033.

No tocante às ações para entrega de coisa, foi criado o artigo 461 - A¹⁶, tornando-a uma ação executiva *lato sensu*, cuja sistematização elege como discrimen a existência ou não de título executivo extrajudicial. Assim, teremos: (i) ação executiva *lato sensu* (ou mandamental), consoante o regime jurídico do artigo 461-A e dos parágrafos 1º a 6º do artigo 461, quando inexistente título executivo extrajudicial; (ii) ação de execução, com base em título executivo extrajudicial, segundo os artigos 621 *usque* 631 (cabendo, ainda, a aplicação dos preceitos contidos nos artigos 461 e 461-A).¹⁷

Neste diapasão, ficou superada a possibilidade de cumulação de execuções para entrega de coisa, fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial, que externamos à luz do direito anterior.¹⁸ O que nos parece ainda ser legítimo é a adoção, subsidiária e recíproca, nas ações executivas *lato sensu* e execuções de títulos extrajudiciais, dos procedimentos ditados tanto pelo artigo 461-A, como pelos artigos 621/627.

A ação executiva *lato sensu* é de ser considerada como uma *diretriz basilar* ou *norma geral* para as pretensões à entrega de coisa, analogicamente ao que ocorre com relação à tutela das obrigações de fazer e não fazer que tem no artigo 461 sua *norma geral*. Deste modo, o regime jurídico do artigo 461-A é extensivo subsidiariamente a todos os procedimentos que tenham por finalidade a obtenção de coisa, mas que já

¹⁶ Redação primitiva: inexistente;

Redação atual: "Art. 461-A - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§1º - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§3º - Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".

¹⁷ WAMBIER-WAMBIER são explícitos ao afirmar: "o que fez o art. 461-A, na verdade, foi transformar a ação para entrega de coisa em ação executiva *lato sensu*", ob. cit., p. 116. No mesmo sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO. *Da Antecipação de Tutela*, 2002, pp. 54/5; JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*, p. 224.

¹⁸ Cf. *Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial*, p. 76.

vinham delineados em procedimentos especiais, tanto no CPC, quanto em legislação esparsa (v.g. ação de reintegração de posse, ação de despejo e etc.).

Outrossim, é interessante notar a evolução do direito positivo pátrio quanto a utilização do processo de execução para ações relativas as obrigações de fazer e não fazer e de entregar coisa: *1º período* - desde a entrada em vigor do CPC, em 1º de janeiro de 1974, até a Reforma Processual de 1994; neste período somente admitia-se a execução forçada¹⁹ de sentença (de acordo com o conteúdo dos artigos 621 e 644); inexistia a possibilidade de incoação de processo de execução fundado em título executivo extrajudicial²⁰; *2º período* - a partir da Lei nº 8.953, de 13.12.1994, os dispositivos legais aludidos foram alterados, permitindo a instauração de processo de execução, fundado tanto em título executivo judicial como em título executivo extrajudicial; e, *3º período* – atualmente, o artigo 644 estipula que a sentença relativa a obrigações de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461 (tutelas mandamental e executiva *lato sensu*), aplicando-se apenas subsidiariamente as regras pertinentes ao processo de execução, enquanto que os artigos 621²¹, 624²², e 627²³, são expressos em referir-se a devedor/executado constante de título executivo extrajudicial.

¹⁹ Definida esta como a realização da regra sancionadora contida na sentença, conforme lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN. *Processo de Execução*, p. 75.

²⁰ Parcela da doutrina e jurisprudência entendia caber execução, fundada em título extrajudicial, para entrega de coisa fungível, sob o fundamento de que o artigo 585, II, em sua redação à época, que conferia executividade a documento particular ou público que constasse obrigação de entregar coisa fungível. Contudo, para as obrigações de fazer, a execução de título extrajudicial implicava extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, já que o ordenamento estipulava execução com tal pretensão apenas embasada em título judicial.

²¹ Redação primitiva: “Art. 621 - O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante do título executivo, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Redação atual: “Art. 621 - O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante do título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) 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”.

²² Redação primitiva: “Art. 624 - Se o devedor entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos e ressarcimento de prejuízos”.

Em suma, destacamos como o ponto nuclear na *Iª fase* da Reforma Processual, especificamente quanto às tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, o fato destas terem sido elencadas como **norma geral** para as pretensões fundadas em obrigações de fazer e não fazer, por força do artigo 461; e, na *fase atual* da Reforma, a harmonização delas com o regime jurídico do processo de execução, alçando, igualmente, a patamar de **norma geral**, o artigo 461-A para as ações relativas a entrega de coisa.²⁴

III – Os Deveres Éticos no Processo e o Ato Atentatório ao Exercício da Jurisdição

Desde os tempos do direito romano, avançando pelo direito canônico e comum, leciona CHIOVENDA, “*exigia-se das partes o juramento de litigarem de boa-fé (iusiurandum calumniae)*”.²⁵

Tamanha a magnitude da exigência da boa-fé no processo que é erigida a princípio, o da lealdade processual que, conforme MOACIR AMARAL SANTOS, determina que as partes conduzam “*suas atividades segundo as normas de boa-fé e com o sentido de colaborar com o órgão jurisdicional no correto desenvolvimento da relação processual e na perfeita administração da justiça*”.²⁶

Redação atual: “Art. 624 - Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos”.

²³ Redação primitiva: “Art. 627 – (...)”

§1º - Não constando da sentença o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o credor far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§2º - O valor da coisa e as perdas e danos serão apurados em liquidação de sentença”.

Redação atual: “Art. 627 – (...)”

§1º - Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exequente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§2º - Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos”.

²⁴ Cf. NELSON RODRIGUES NETTO, *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva lato sensu nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02, passim.*

²⁵ *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 497.

²⁶ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, pp. 321/2.

A conceituação do saudoso professor e ministro do Supremo Tribunal Federal é de todo especial porque demonstra que a lealdade processual consiste na atividade de boa-fé entre as partes, e devemos acrescentar, de todos aqueles que participam no processo, com um dado teleológico que é o de colaborar com o órgão jurisdicional na persecução da Justiça.

Neste desiderato, diversos dispositivos, encontram-se no Código de Processo Civil, sendo de destacar três importantes conjuntos: os artigos 16-18, que tratam da responsabilidade das partes por dano processual (*litigância de má-fé*); os artigos 599-601, no processo de execução, relativos aos *atos atentatórios à dignidade da Justiça*, e o artigo 14, com a redação dada pela Lei nº 10.358/01, atinente aos *atos atentatórios ao exercício da jurisdição*.

Comporta esclarecer que a norma do artigo 14 tem como modal deôntico o *obrigatório*, ou seja, que as partes e todos aqueles que participem do processo são *obrigados* a cumprir as condutas nele descritas. Por outro lado, os preceitos do artigo 17 e do artigo 600 seguem o modal *proibido*, de modo que executar os comportamentos neles delineados é *proibido*. A observância dessas normas independe de qualquer pronunciamento do órgão do judiciário; somente a sanção pelo seu descumprimento é que será imposta pelo magistrado.

Designamos este conjunto de normas de *sanções endoprocessuais*, as quais nos referimos como fazendo parte de um “*sistema de poder conferido ao juiz na preservação da dignidade da Justiça, contudo, não se constituem em meios de coação, senão, tem natureza jurídica punitiva*”.²⁷

De jure constituto estes dispositivos devem ser compatibilizados, sob pena de ser imposta mais de uma sanção por uma única conduta que deixar de cumprir com o comando da lei, tendo sido vulnerado apenas um bem jurídico tutelado.

De lege ferenda, como veremos ao final, parece-nos mais adequado que se um único comportamento, ao mesmo tempo, causa prejuízos à parte e ofende a autoridade

²⁷ Cf. *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva Lato Sensu*, pp. 152/4.

do Estado-juiz, a sanção que deva recair sobre o agente seja uma, e somente uma, para cada um dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento e que foram transgredidos. Com isso, não há, de um lado, uma dupla punição pela infração de um mesmo valor jurídico tutelado, e de outro, não há um enriquecimento sem justificativa para o beneficiário da sanção pecuniária. Ademais, é de se lamentar a supressão do §2º, do artigo 14, constante do Anteprojeto de Lei nº 14, na redação da Lei nº 10.358/01, suprimindo a prisão coercitiva para reprimenda de ato atentatório ao exercício da jurisdição.²⁸

A convivência pacífica dos membros de uma sociedade está conectada com a observância espontânea de seu ordenamento ou pela eficiente imposição de seus comandos jurídicos pelos órgãos apropriados, principalmente, o Poder Judiciário.

Deste modo, o poder de fazer (ou de não conseguir fazer) cumprir as ordens emitidas pelos seus juizes, demonstra a força que dispõe um Estado na preservação da Justiça no seio da sociedade. É a consolidação de uma ordem jurídica justa a ser atingida por meio de um instrumento (processo) eficiente.

As normas respeitantes ao dever de lealdade processual e a observância das ordens jurisdicionais, no ordenamento jurídico brasileiro, têm sido comparadas com o regime jurídico do *contempt power* do direito da *common law*.²⁹

O *justice* LAMAR da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, manifestou-se sobre o *contempt power*, afirmando: “*For while it is sparingly to be used, yet the power of courts to punish for*

²⁸ A redação do §2º era seguinte: “*Se o responsável, no caso do parágrafo anterior [refere-se ao atual parágrafo único do artigo 14], e devidamente advertido, ainda assim reitera a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá também impor-lhe prisão civil até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão judicial*”, apud, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*, p. 225. Confirma nossa posição sobre a constitucionalidade da prisão coercitiva, in, *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva Lato Sensu*, pp. 149/152. Comungam desta opinião, dentre inúmeros outros autores, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., p. 225; JOÃO BATISTA LOPES, *O juiz e a litigância de má-fé*, p. 133.

²⁹ Para compreender, desde sua origem histórica até os ingredientes de legitimação do *contempt power* do direito anglo-saxão, ver, NELSON RODRIGUES NETTO, ob. ult. cit., pp. 80/4. Confirma, ainda, sobre *contempt of court*, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., *passim*.

contempts is a necessary and integral part of the independence of the judiciary, and is absolutely essential to the performance of the duties imposed on them by the law. Without it they are mere boards of arbitration whose judgments and decrees would be only advisory".³⁰

A despeito da aproximação ao sistema do *contempt power* pelo regime jurídico do direito brasileiro de repressão às infrações aos deveres éticos no processo, há que se observar existirem algumas nuances que os diferenciam.

O direito do *common law* tem nas *injunctions* o mais importante instrumento de tutela jurisdicional de obrigações de fazer e não fazer, pelo qual o juiz determina uma conduta a ser observada, sem cominar qualquer sanção neste momento. A partir do descumprimento da ordem judicial surge o chamado *contempt of court*, traduzido como um desacato ao juiz ou tribunal.

O *contempt of court*, pode assumir duas naturezas diversas: o *criminal contempt of court* e o *civil contempt of court*. Cada qual possui um procedimento peculiar, com finalidades diferentes: o primeiro visa coagir o demandado a cumprir com a ordem judicial, se isto ainda for possível; o segundo, tem por finalidade vindicar a autoridade do magistrado que determinou a ação, omissiva ou comissiva, que foi desobedecida. Ambos possuem os mesmos instrumentos processuais: sanções pecuniárias ou restritivas de liberdade.³¹

Assim, o *civil contempt* é iniciado por requerimento do demandante, em benefício de sua pretensão e utilizado como meio de coerção sobre o demandado. Por outro lado, o *criminal contempt* tem iniciativa do próprio juízo ou outro órgão

³⁰ "Conquanto deva ser usado com moderação, o poder dos juízos de punir por contempts é uma parte integral e necessária da independência do judiciário, e é absolutamente essencial para cumprir com os deveres a eles impostos pela lei. Sem ele [o referido poder] eles [os juízos] seriam meras câmaras de arbitragem, cujos julgamentos e ordens seriam apenas conselhos", in, FISS-RENDLEMAN. *Injunctions*, p. 836.

³¹ Cf. JOHN F. DOBBYN. *Injunctions*; p. 81 e ss; JOHN F. O'CONNEL, *Remedies*, pp. 41/3. As *injunctions* foram um dos institutos que inspirou a formulação dos artigos 84, do Código de Defesa do Consumidor, e 461, do Código de Processo Civil.

representativo do Estado; possui como objetivo o de vindicar a autoridade da corte, tratando-se de uma punição à desobediência da ordem judicial.

Em se tratando de aplicação de sanção pecuniária, o seu valor será destinado ao demandante, no caso do *civil contempt*, e, reverterá em favor do Estado, na hipótese do *criminal contempt*. A restrição de liberdade deverá durar até que o demandado renitente obedeça a ordem do juiz ou que esta não possa mais ser cumprida, no primeiro caso; e, tratando-se de *criminal contempt*, por configurar uma punição, deve ser estabelecido um prazo fixo e determinado de prisão, mesmo que o ato determinado pelo juízo já não mais possa ser executado ou omitido.³²

No sistema do *common law* é lícita a cumulação de ambas as sanções, pois enquanto for possível compelir-se o réu a cumprir com a conduta determinada, a medida coercitiva poderá ser aplicada, ao passo que a punição pela desobediência à ordem judicial é apenada pela sanção punitiva. Ocorre que, em não sendo mais possível obter a tutela específica da obrigação, surgirá, ao lado de eventual *criminal contempt*, o *civil contempt to compensate petitioner*, também conhecido por *compensatory* ou *remedial contempt*, quando a multa coercitiva deverá ser transformada numa indenização para reparação das perdas e danos efetivamente sofridas pelo demandante.³³

A alteração do artigo 14, do CPC, a partir da Lei nº 10.358/01, aproximou o regime de repressão de atos que desrespeitam comandos judiciais no processo civil brasileiro ao do *contempt of court* do sistema do *common law*. Com efeito, as medidas coercitivas do ordenamento pátrio aproximam-se do *civil contempt* e o novíssimo ato atentatório ao exercício da jurisdição tem correspondência com o *criminal contempt*, no modelo acima exposto.

³² Cf. DAN B. DOBBS, *Law of Remedies*, pp. 135/6; STEPHEN C. YEAZELL, *Civil Procedure*, pp. 318/9.

³³ Cf. FRIEDENTHAL-KANE-MILLER, *Civil Procedure*, p. 732; JOHN F. DOBBYN, ob. cit., p. 228; FISS-RENDLEMAN, ob. cit., pp. 972/1003.

Entretanto, no direito brasileiro, é possível a cumulação do valor da multa coercitiva com a importância correspondente às perdas e danos, *ambas em favor do demandante*, o que não é previsto no direito anglo-americano.³⁴

Além disso, a desobediência da ordem judicial pode enquadrar-se, concomitantemente, na prescrição do artigo 14, inciso V (*cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*), do artigo 17, inciso IV (*opor resistência injustificada ao andamento do processo*), e do artigo 600, inciso III (*resistir injustificadamente às ordens judiciais*).

Por seu turno, cada um dos preceitos possui uma sanção em sua norma secundária. O parágrafo único do artigo 14 estabelece multa a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta, limitada a 20% do valor da causa, revertendo **em favor da União ou do Estado**.³⁵ O artigo 601, para os atos atentatórios à dignidade da justiça, estipula multa em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, explicitando que a multa é **em favor do credor**. E, o artigo 18, para a litigância de má-fé do artigo 17, acabou por conjugar uma multa punitiva de 1% e uma indenização limitada a 20%, ambas recaindo sobre o valor da causa, a serem aplicadas concomitantemente, inclusive de ofício pelo juiz ou tribunal, **em favor da parte prejudicada pela litigância de má-fé**, entendimento este uníssono da doutrina e jurisprudência, tendo em vista a omissão da lei.

O sistema do direito do *common law* diferencia-se do direito nacional, em primeiro lugar, porque no momento em que a ordem judicial é expedida, ela não se faz

³⁴ Sobre a questão da titularidade da multa coercitiva, nas ações para cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, NELSON RODRIGUES NETTO, ob. ult. cit., pp. 144/7. É de notar que o artigo 461 é omissivo sobre o titular da multa, mas, doutrina e jurisprudência são pacíficas em reconhecer o autor da ação como seu beneficiário.

³⁵ O titular da multa é o ente político correspondente ao órgão judiciário em que estiver em curso o processo, União ou Estado Federado. Houve, contudo, um lapso do legislador ao não incluir o Distrito Federal (*lex dixit minus quam voluit*), o qual deverá ser colocado ao lado das duas outras pessoas políticas da Federação brasileira, pois consoante do disposto no artigo 1º, inciso VIII, da Lei Complementar federal nº 35, de 14.03.1979, fazem parte dos órgãos do Poder Judiciário, os Tribunais e juizes do Distrito Federal. No mesmo sentido, WAMBIER-WAMBIER, ob. cit., p. 32.

acompanhar de nenhum meio coercitivo ou punitivo. Isto ocorrerá somente após o descumprimento da ordem, dando início a procedimentos diversos, para atender fins diferentes, encampando a tutela da pretensão do autor e a proteção à autoridade do Poder Judiciário. Ademais, a impossibilidade de obtenção da tutela específica, resulta em proporcionar ao demandante as perdas e danos que tiver sofrido, não adicionada de qualquer outra importância. Mas, nesta situação, é legítima a imposição do *criminal contempt*, seja pela aplicação de uma multa ou pela decretação de prisão do demandado.

A transgressão dos deveres éticos processuais, antes de gerar um direito subjetivo à parte prejudicada com o ato danoso, atenta contra a instituição do Poder Judiciário, razão pela qual a criação do parágrafo único do artigo 14 propiciou o surgimento de uma punição adequada àquele bem jurídico guarnecido, devendo o valor da multa imposta ser paga ao Estado.

Contudo, como alinhavamos, no direito nacional há uma cumulação de sanções, com fundamento em artigos diferentes, mas com a mesma finalidade, nos quais reitera-se ainda que tais punições far-se-ão sem prejuízo de outras, criminais, civis ou processuais.³⁶

Procurando deslindar a questão da reiteração de punições, a mesmo título e em face de um único bem jurídico, iniciamos por extremar a aplicação das normas contidas nos artigos 16-18 daquelas previstas nos artigos 599-601. Destarte, acolhendo o brocardo *lex specialis derogat legi generali*, é de se entender que a conduta que se enquadrar ao mesmo tempo em alguma das hipóteses do artigo 600 e do artigo 17, deverá ser sancionada apenas pelo artigo 601, que constitui preceito específico do processo de execução. Porém, é possível que uma conduta do executado enquadre-se perfeitamente num dos incisos do artigo 17, o qual não esteja repetido no artigo 600, quando, então, a sanção pela litigância de má-fé será sancionada pelo artigo 18. Haverá

³⁶ O descumprimento de uma ordem judicial pode configurar uma conduta típica na seara penal, e, sob tal âmbito ser punida, v.g. crime de desobediência. O que não nos parece adequado é que uma conduta implique em mais de uma punição, num mesmo campo do direito, e, principalmente, visando tutelar o mesmo bem jurídico violado.

a aplicação subsidiária da norma do processo de conhecimento ao processo de execução, na forma do previsto no artigo 598, do CPC. Logo, a incidência do artigo 601 afasta a concomitância do artigo 18, para o processo de execução.

Neste passo, é importante destacar que o artigo 601 é expresso em tratar de multa e não em indenização, razão pela qual, o seu valor é arbitrado pelo juiz sem qualquer correspondência com as supostas perdas e danos que o demandante possa ter sofrido em decorrência da conduta do demandado.

Ademais, ‘multa’ e ‘indenização’ possuem naturezas jurídicas diversas. A multa sob análise tem *natureza jurídica punitiva*, enquanto que a indenização por perdas e danos tem *natureza jurídica ressarcitória*. A primeira tem finalidade de punir a conduta violadora dos deveres éticos que devem nortear todos que participem do processo. De outro modo, a indenização por perdas e danos tem por finalidade ressarcir a parte que sofreu com o desrespeito ao provimento judicial, dos prejuízos consistentes daquilo que efetivamente perdeu e do que razoavelmente deixou de lucrar, consoante o artigo 402, do Código Civil.

Observados esses esclarecimentos, é imperioso verificar que o artigo 16 determina que o litigante de má-fé responda por perdas e danos, vale dizer, pelo dano processual que causar. Com, efeito, a atividade dos litigantes deve estar limitada pelo princípio da lealdade processual, transcrito no artigo 14, inciso II, do CPC.

Em face da diversa natureza jurídica de que se revestem, multa punitiva e indenização por perdas e danos, como acima acentuado, reputamos que a interpretação que propicia harmonia entre elas é a de que o artigo 18 contém uma multa punitiva, limitada a 20% do valor da causa, revertida em favor da parte, e aplicável mediante requerimento ou *ex officio*.³⁷

³⁷ Comunga deste entendimento, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, pp. 65/6. Neste sentido ainda, é oportuno transcrever a precisa crítica de JOÃO BATISTA LOPES no tocante à dúbia redação do artigo 18: “Há, porém, impropriedade na redação do art. 18, porque o legislador não faz distinção entre penalidade e indenização. Somente como penalidade se compreende a imposição de ofício de que trata a lei. Se se cuidar de indenização superior a 20%, terá de ser pleiteada pela parte prejudicada e observado o princípio do contraditório.”, ob. cit., p. 131.

Ademais, eventual indenização por perdas e danos exige sua prova por parte do lesado, observando-se o direito à defesa e contraditório, como assentado no Enunciado nº 32 do Centro de Estudos do Egrégio 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.³⁸

Por último, nota-se que esta solução guarda simetria com a multa do artigo 601, cujo limite máximo é de 20% do valor em execução, fornecendo uma adequada interpretação sistemática.³⁹

Hodiernamente, já havíamos identificado que, sinteticamente, a conduta do demandado que deixar de cumprir com exatidão um provimento mandamental poderá propiciar, cumulativamente, as seguintes sanções: (i) multa punitiva em favor do Estado, pela violação do inciso V, do artigo 14 (conforme art. 14, p. único, do CPC); (ii) multa punitiva em favor do demandante, pela violação das condutas previstas no artigo 17 (conforme art. 18, do CPC), nos processos de conhecimento, cautelar ou de execução (excetuando-se, neste caso, se a conduta enquadrar-se no rol do artigo 600, quando então, o fundamento legal da sanção será o art. 601, do CPC); (iii) multa coercitiva em favor do demandante (conforme art. 287; art. 461, §4º; art. 461-A, §3º; art. 621, p. único; e, art. 645, do CPC); (iv) indenização por perdas e danos em favor do demandante (conforme art. 402, do Código Civil). Este quadro não exclui outras sanções criminais, civis ou processuais.⁴⁰

À guisa de conclusão, como anunciamos no início deste tópico, sugerimos, *de jure constituendo*, uma reformulação dos dispositivos concernentes ao princípio da lealdade processual e os deveres éticos das partes e de todos que participam do processo.

³⁸ Enunciado nº 32: “A penalidade por litigância de má-fé pode ser imposta pelo juiz, de ofício, respeitado o limite de 20% do valor atualizado da causa, mas a indenização dos prejuízos, excedente desse limite, depende de pedido expresso da parte, se submete ao princípio do contraditório e é liquidável por arbitramento”.

³⁹ A dificuldade de apuração do valor da multa existirá quando tratar-se de execução de pretensões lastreadas em obrigações de fazer e não fazer e entregar coisa, fundada em título executivo extrajudicial. E a razão é que, ao falar em “débito em execução”, denota-se que o artigo 601 foi criado mirando apenas execuções por quantia.

⁴⁰ Notas sobre as tutelas mandamental e executiva lato sensu nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02, passim.

Como é cediço, um único ato processual pode ofender mais de um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, notadamente, naquilo que nos interessa, a autoridade do Estado-juiz e o direito subjetivo de um dos sujeitos da relação processual.

É incontestado que o descumprimento de uma ordem judicial ou preceito legal ofende a dignidade do Poder Judiciário, valor albergado e tutelado pelo ordenamento jurídico.

Simultaneamente, a aludida desobediência ao comando normativo ou judicial pode provocar danos à uma das partes no processo, de molde à ensejar o nascimento de um direito subjetivo em favor daquele que sofreu prejuízos por causa desta conduta. Estar-se-ia, nesta hipótese, tutelando o direito à indenização do sujeito lesionado pelo ato infrator da ordem judicial ou do preceito legal.

Soa mais adequado, portanto, que as multas dispostas no ordenamento brasileiro, sejam punitivas ou coercitivas, revertam exclusivamente em favor do Estado, como forma de proteger e reparar o respeito à autoridade judicial e de seus pronunciamentos no processo.

Por outro lado, o sujeito do processo que experimentar um prejuízo em decorrência de conduta violadora da lealdade e boa-fé processual, deverá fazer jus à devida indenização por perdas e danos.

A proposta espelha, com um grau bastante razoável de fidelidade, o regime jurídico do *contempt of court* do direito norte-americano analisado brevemente nestas linhas. Com efeito, a multa coercitiva civil, em se tornando impossível a obtenção da tutela específica nas obrigações de fazer ou não fazer e de entregar coisa, resultaria no *civil contempt to compensate petitioner*, correspondendo à uma indenização pelas perdas e danos, que deverão ser devidamente provadas.

E, com a finalidade de vindicar a autoridade e dignidade do Judiciário, remanesce integralmente aplicável a multa punitiva em favor do Estado, consoante o modelo do *criminal contempt*.

De tal sorte, o ordenamento jurídico fica dotado de meios necessários e suficientes para prevenir e reparar o desacato às ordens judiciais, enquanto, a parte

lesada com a conduta ilícita, deixa de obter um enriquecimento injustificado, sendo reparada na exata medida daquilo que efetivamente tiver perdido e do que razoavelmente deixar de lucrar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM Netto, José Manuel. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 108, out./dez., p. 105-114, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. [s.d. da 1ª edição]. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DOBBYN, John F. *Injunctions*. St. Paul: West Publishing Co. 1974.

DOBBS, Dan B. *Law of Remedies*. St. Paul: West Publishing Co. 1993.

FISS, Owen M e RENDLEMAN, Doug. *Injunctions*. 2nd Ed. New York: Foundation Press, Inc., 1984.

FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 3rd. Ed. St. Paul: West Publishing Co. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 102, abr./jun., 2001.

_____, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. Revista LTr. São Paulo: LTr., nº 59, agosto, 1995,

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOPES, João Batista. *O juiz e a litigância de má-fé*. RT nº 740/128.

O'CONNEL, John F. *Remedies*. St. Paul: West Publishing Co. 1985.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Comentários ao Código Civil Brasileiro* (coord. Arruda Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004. Volume VII (no prelo).

_____, *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva lato sensu nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 110, abr./jun., 2003.

_____, *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva Lato Sensu*.
Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____, *Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos
judicial e extrajudicial*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 107,
jul./set., 2002.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º Vol. 22ª
Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários
à 2ª Fase da Reforma do CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. 4th Ed. Boston: Little, Brown & Co. 1996.