

MANDADO DE SEGURANÇA E A MULTA DIÁRIA - ASTREINTE: MEIO LEGAL DE COERÇÃO INDIRETA PARA O ADIMPLEMENTO DAS SENTENÇAS CONCESSIVAS DE SEGURANÇA

THE WRIT OF MANDAMUS AND THE DAILY FINE - ASTREINTE: A LEGAL AND INDIRECT MEANS TO ENFORCE THE FULFILLMENT OF COURT ORDERS

Vanderlei Ferreira de Lima*

Resumo: O mandado de segurança trata-se de uma ação judicial com a finalidade de inibir e corrigir ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridades públicas; o descumprimento pela autoridade impetrada da decisão judicial concessiva da segurança é impropriamente tipificada como crime de desobediência; na verdade, o instrumento adequado para compelir a autoridade coatoara para corrigir a ilegalidade ou abuso de poder praticado é a multa diária *astreintes* fixada por dia de atraso pelo descumprimento da ordem e de forma progressiva, cujo montante integral deverá ser executado diretamente contra o patrimônio da autoridade reticente em cumprir a ordem judicial.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Descumprimento. Ordem judicial. Multa diária: *astreintes*. Ação regressiva.

Abstract: The writ of mandamus is a judicial remedy that aims either to refrain from or to adjust to any illegality or abuse of power performed by public authorities; the nonfulfillment of a court order such as a writ of mandamus by an authority is inappropriately considered a criminal contempt; in fact, the adequate means to compel an authority to amend any illegality or abuse of power that may have been performed is to impose a daily fine for continued violation of the court order until it is entirely fulfilled. The total amount of this

* VANDERLEI FERREIRA DE LIMA, Procurador do Estado de São Paulo, ex-Delegado de Polícia, Mestre em Direito Constitucional pela ITE-Bauru, onde atualmente cursa especialização *lato sensu* em Direito Público e leciona a Disciplina Direito Civil.

fine should be executed against the authority who was reluctant to fulfill the court order and he should pay it at his own expense.

Key words: Writ of mandamus. Nonfulfillment. Court order. Daily fine. *Astreintes*. Cross complaint.

Sumário: 1 Introdução; 2 Tutela jurisdicional concessiva da segurança; 3 Eficácia imediata da tutela jurisdicional concessiva da segurança – liminar ou sentença; 4 Crítica à utilização do crime de desobediência como meio compulsivo ao adimplemento da tutela jurisdicional concessiva da segurança; 5 Meio legal de coerção ao adimplemento da tutela jurisdicional proferida no mandado de segurança; 6 Legalidade da utilização da multa diária – *astreinte*; 7 Critério para a fixação da multa diária – *astreinte*; 8 Da vigência e exigibilidade da multa diária – *astreinte*; 9 Responsabilidade pelo pagamento da multa diária – *astreinte*; 10 Conclusão; 11 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inter-relacionando em seu dia-a-dia com o Poder Público, o cidadão facilmente constata que algumas autoridades públicas investidas de atribuição constitucional ou legal para a prática de atos de soberania do Estado nem sempre praticam levando em consideração o interesse público, assim entendido como “as aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou parte expressiva de seus membros”.¹

Como representantes do Poder Público, essas autoridades interpretam o interesse público visando atender um suposto interesse imediato da entidade estatal à qual estão vinculadas, mas que na verdade aca-

“Face às múltiplas formas de abuso de poder, a sociedade segue idealizando instrumentos de controle e contenção das ilegalidades cometidas por agentes investidos no exercício de atribuições do Poder Público;”

bam atendendo apenas seus interesses pessoais ou do governante, titular momentâneo do Poder. Esquecem elas que o verdadeiro conceito de interesse público atrela o Estado à cidadania, entendida esta não apenas em seu conceito jurídico -

exercício dos direitos políticos-, e sim, como a propensão a que todas as pessoas devem possuir de realizar o bem comum da coletiva na qual encontram-se inseridas.

A violação do real conceito de interesse público revela-se nas mais variadas formas: excesso de poder, desvio de finalidade ou omissão da autoridade pública.

Face às múltiplas formas de abuso de poder, a sociedade segue idealizando instrumentos de controle

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 81

e contenção das ilegalidades cometidas por agentes investidos no exercício de atribuições do Poder Público; dentre esses instrumentos, sem pretensão de esgotar o assunto, pode-se citar: o direito de ação,² o *habeas corpus*,³ o mandado de segurança individual e coletivo,⁴ o mandado de injunção,⁵ o *habeas data*,⁶ a ação popular,⁷ enfim, todo e qualquer meio colocado à disposição do cidadão para que, violado em seu direito por ilegalidade perpetrada por agente do Poder Público, possa ele exigir do próprio Estado a correção da lesão sofrida.

Nesse contexto, o objeto deste estudo será a ação de mandado de segurança,⁸ analisada à luz dos meios legais de efetivação de sua tutela jurisdicional.

2 TUTELA JURISDICIONAL CONCESSIVA DA SEGURANÇA

No mandado de segurança, tem-se apenas duas espécies de decisão judicial concessiva da segurança: a liminar como provimento provisório de antecipação dos efeitos da decisão definitiva, admitido pela própria lei do *mandamus*; e a sentença que é o

provimento definitivo que encerra o processo com julgamento do mérito.

Conclui-se que reconhecendo a ilegalidade ou abusividade do ato praticado por autoridade pública, violador ou que ameaça violar direito líquido e certo, deverá o juiz deferir liminar ou proferir sentença de mérito, concedendo a segurança pleiteada, que ficará jungida a anular o ato abusivo, tornando-o sem qualquer efeito, restituindo as partes ao *status quo ante*.

3 EFICÁCIA IMEDIATA DA TUTELA JURISDICIONAL CONCESSIVA DA SEGURANÇA - LIMINAR OU SENTENÇA

Atendendo aos reclamos da necessidade urgente de se anularem atos administrativos ilegais e abusivos, violadores de direito líquido e certo, determina o art. 12, parágrafo único da Lei n. 1.533/1951, que a sentença concessiva de segurança é dotada de **executoriedade** provisória, ainda que dependente de julgamento pelo tribunal *ad quem*, mediante a interposição de recurso voluntário ou remessa *ex officio*.⁹

² Art. 5º, XXXV, CF/88.

³ Art. 5º, LXVIII, CF/88

⁴ Art. 5º, LXIX e LXX, CF/88.

⁵ Art. 5º, LXXI, CF/88

⁶ Art. 5º, LXXII, CF/88

⁷ Art. 5º, LXXIII, CF/88.

⁸ "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do poder público" Artº 5º, LXIX, CF/88.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 523. "Essa garantia constitucional é complementada por outras contidas na própria Carta Magna, como a que afirma, no texto que consagra o Mandado de Segurança, o princípio da intolerabilidade de ofensa a direitos líquidos e certos por atos de autoridade, concedendo, já no plano da Lei Maior, uma espécie de ação com provimento reforçado e com procedimento simplificado e célere, de modo que a tutela dos direitos seja pronta, eficaz e adequada".

Por outro lado, reforçando a tese da eficácia imediata da tutela concessiva da segurança, destaca-se o art. 4º da Lei n. 4.348/1964, que contém as restritas hipóteses em que a pessoa jurídica de direito público pode requerer – e obter – junto ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, **a suspensão da execução** da liminar ou da sentença concessiva da segurança no *mandamus*. Se não bastasse, o art. 7º da referida lei concede efeito suspensivo apenas aos recursos voluntário ou *ex officio*, interpostos de decisão concessiva de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional de servidor público.

Coadunando com o exposto, dispõe ainda o art. 11 da Lei n. 1.533/1951 que, julgando procedente o pedido no mandado de segurança, o juiz o transmitirá por ofício,¹⁰ via oficial de Justiça ou pelo correio, mediante aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora.¹¹ Assim, denota-se que se não fosse para dar imediato cumprimento à decisão, não haveria a necessidade dessa comunicação, que somente se daria após o trânsito em julgado da decisão.

A propósito do assunto, adverte DINAMARCO:

O certo é que o mandado de segurança, como medida **impaciente**, destinada institucionalmente a debelar as agressões a direitos, clama sempre por uma **eficácia imediata**. Sem essa eficácia imediata deixaria de ser um remédio **heróico**, como quer a Constituição. Ele é, por natureza, uma **injunção**, ou seja, comando a realizar um ato. Comando imperativo, portador do *imperium* estatal. Por isso é que, diferentemente do que sucede com outras **condenações**, a sentença concessiva do mandado de segurança destina-se a **ser cumprida imediatamente ou no prazo fixado**.¹²

No mesmo sentido, ensina SIDOU:

A execução em mandado de segurança, é assim, uma execução direta, consistente na efetivação das medidas determinadas pela sentença. Nada precisaria a lei aduzir a respeito; o mandado que a sentença contém, por si, diz tudo. Diz que o destinatário deve cumprir sem tardança a ordem. E se o não fizer cria

¹⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 226. “Natureza desse documento – Esse ofício, no dizer de Seabra Fagundes, é de sentido executório, tendo essa forma em atenção às relações entre os Poderes, pois seria inadequado o juiz dar ordem a outra autoridade. Para Pontes de Miranda, que sustenta o caráter mandamental da ação, o ofício, apesar de verdadeiramente ser o ‘mandado’, é emitido como efeito específico da sentença, mas não como título executivo e sim mandamental”.

¹¹ Art. 11 da Lei n. 1.533/1951 (STJ) – Bol AASP n. 1835/1957). “A decisão, em mandado de segurança, é executada logo que seja transmitido, em ofício, o seu integral teor à autoridade coatora”.

¹² DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, tomo 1, 2001, p. 627-628.

¹³ SIDOU, José Maria Othon. **“Habeas Corpus”**: Mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 208.

um estado de atrito necessariamente surgido entre quem manda e quem não obedece.¹³

Sem divergir dos referidos autores, MEIRELLES afirma que: “a **execução da sentença** concessiva da segurança é imediata **específica** ou **in natura**, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituído pela reparação pecuniária”.¹⁴

E continua:

A decisão – liminar ou definitiva – é expressa no **mandado** para que o coator cesse a ilegalidade. Esse mandado judicial é transmitido por *ofício* ao impetrado, valendo como **ordem legal** para o imediato cumprimento do que nele se determina, e ao mesmo tempo, marca o momento a partir do qual o impetrante, beneficiário da segurança, pas-

sa a auferir todas as vantagens decorrentes do *writ*.¹⁵

Nessa linha, facilmente se conclui que, se as sentenças ou liminares¹⁶ concessivas de segurança não fossem dotadas de eficácia imediata, não teriam qualquer utilidade prática: as previsões legislativas da execução provisória do julgado; as restritas hipóteses em que se permite a suspensão da liminar e da sentença e de recebimento de recurso ou remessa *ex officio* no efeito suspensivo; bem como a necessidade de imediata comunicação da decisão concessiva da segurança, em liminar ou sentença, à autoridade coatora.¹⁷ Com isto, fica claro que, uma vez concedida a segurança, o impetrante passa a usufruir, desde logo, os efeitos da decisão, sem a necessidade de qualquer garantia do juízo.¹⁸

Portanto, salvo os casos de suspensão da execução da liminar

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93.

¹⁵ *Ibid.*, p. 94

¹⁶ STJ – Resp. n. 62.033-3/PB, 1ª. T., v.u., j. 27 de maio de 1996, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 1º de julho de 1996, p. 23.990. “Mandado de Segurança – Liminar – Sentença Concessiva – Execução Imediata – Lei n. 8.076/1990 (art. 1º). 1. Sentença de natureza mandamental, antes de transitada em julgado, pode ser cumprida provisória e imediatamente via simples notificação por ofício. A interpretação das disposições contidas no art. 1º, Lei n. 8.076/1990, deve ser restrita, sem abonar ampliação comprometedoras da natureza constitucional do ‘*mandamus*’, afastando-se óbices à sua eloqüente finalidade. 2. Precedentes da jurisprudência. 3. Recurso improvido”.

¹⁷ STF – Recl. n. 543-7, RJ, TP, v.u., j. 24 de agosto de 1995, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29 de setembro de 1995, RT n. 727/73). “Competência – Suspensão de segurança concedida em mandado de segurança de competência do TSE – Cabimento de recurso para o STF somente na hipótese de indeferimento de segurança – Inteligência do art. 25 da Lei n. 8.038/1990. Ementa Oficial: Suspensão de segurança, obstando a eficácia imediata da liminar ou da sentença concessiva, visa impedir que a execução provisória gere lesões à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, que o eventual provimento do recurso da entidade estatal já não poderia reparar (...)”.

¹⁸ *Ibid.*, p. 95. “O mandado de segurança tem rito próprio e suas decisões são sempre de natureza mandamental, que repele o efeito suspensivo e protelatório de qualquer de seus recursos. Assim sendo, cumprem-se imediatamente tanto a liminar como a sentença ou acórdão concessivo da segurança, diante da só ‘notificação’ do juiz prolator da decisão, independentemente de caução ou carta de sentença, ainda que haja apelação ou recurso extraordinário pendente (...). Sem a presteza na execução ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança. Além disso, é de se recordar que para a suspensão dos efeitos

ou da sentença e o recurso voluntário ou da remessa *ex officio*, previstos respectivamente nos arts. 4º e 7º da Lei n. 4.348/1964, todos os demais recursos interpostos de decisão concessiva de segurança terão efeito apenas devolutivo.¹⁹ Caso sejam recebidos também no efeito suspensivo, o órgão jurisdicional estará atribuindo **efeito que o recurso não possui**, cometendo uma ilegalidade nos próprios autos do *mandamus*.

4 CRÍTICA À UTILIZAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA COMO MEIO COMPULSIVO AO ADIMPLENTO DA TUTELA JURISDICIONAL CONCESSIVA DA SEGURANÇA

Tratando-se do assunto ilegalidade, nota-se que dentre os meios de coerção utilizados para compelir as autoridades públicas impetradas ao cumprimento da ordem exarada no *mandamus*, costuma-se tipificar seu descumprimen-

to como **crime de desobediência**.²⁰ É certo que se mostram sedutoras as teses dos renomados juristas que defendem tal entendimento, contudo, esta tipificação é um meio de coerção desprovido de respaldo jurídico.²¹ Veja-se:

Em homenagem à liberdade das pessoas, a Constituição Federal assegura como garantia fundamental o princípio da legalidade penal, assim inscrito em seu art. 5º, XXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Por definição legal de crime deve-se entender como sendo a descrição prévia e minuciosa de todas as condutas que o Estado poderá punir como crime, por meio da aplicabilidade das respectivas sanções, também previamente previstas em lei.

É oportuno salientar que há alguns casos especiais que o Estado, no exercício de sua função legislativa de tipificar as condutas

da sentença concessiva da segurança há recurso específico ao Presidente do tribunal (art. 13 da Lei n. 1.533/1951), o que está a indicar que essa suspensão não pode ser obtida por via de apelação ou de qualquer outro recurso genérico”. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Mandado de Segurança – Concessão de liminar – Subordinação da eficácia da medida liminar à prestação de caução. Inadmissibilidade. Maioria. Votos vencidos. Desde que satisfeitos os pressupostos essenciais e uma vez concedida, por isso, a liminar, não é lícito subordinar a eficácia da medida a outras condições” (STJ – RMS n. 3.043-0 – RJ, 2ª. T., m.v., j. 17 de abril de 1995, DJ 22 de maio de 1995, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, TSTJ nº 76/86).

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 98.

²⁰ Art. 330 do CP.

²¹ TALAMINI, Eduardo. **Revista do Advogado**: 50 Anos da lei do mandado de segurança. São Paulo: Associação dos Advogados, 2001, p. 49. “Já a tipificação penal da desobediência destina-se a preservar a autoridade estatal no exercício de qualquer de suas funções (...). O que se busca resguardar nesse caso, é o funcionamento interno da estrutura administrativa – e não a autoridade estatal externamente considerada. No entanto, quando recebe a ordem judicial e a descumpre, o agente público jamais poderá ser reputado ‘no exercício de suas funções’: o exercício de função pelo agente público não abrange, de modo nenhum, descumprimento de comandos judiciais. Estará, pura e simplesmente, opondo-se ao poder estatal”.

humanas como criminosas, além de descrever os meios e modos de execução do crime, em algumas vezes, também descreve qualidades especiais que seu autor – o delinquente – deve ostentar. Estes crimes são os doutrinariamente chamados de crimes próprios.²²

Mas, analisando o crime de desobediência, verifica-se que este encontra-se tipificado no art. 330 do CP: “desobedecer a ordem legal de funcionário público”; e inserto no capítulo II do Título XI, que trata “dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, o que deixa claro que somente o particular ou o agente público desvestido de função pública é que podem ser autores deste delito.

Assim sendo, a autoridade pública, agindo investida nas atribuições de seu cargo, portanto investida de Poder Estatal, não pode ser considerada como particular para qualquer fim, notadamente para ser processada

pela prática de crime de desobediência, que exige, do autor, uma qualidade especial: a de particular. É a aplicação do princípio da legalidade estrita do direito penal.²³ Autoridade Pública não é particular. Logo, se a autoridade pública descumprir a ordem judicial, não poderá ser autora do crime de desobediência.

Por sua vez, o mandado de segurança exige que o ato ilegal ou abusivo tenha sido praticado por **autoridade pública** ou por agente de pessoa jurídica, **investido de funções públicas – funções de autoridade**, o que reforça a tese de que não pode ser utilizado o crime de desobediência como meio de coerção ao adimplemento da ordem exarada no *mandamus*. Se ela estivesse agindo como particular, não podia figurar no polo passivo do *mandamus*.

Dessa forma, para se concretizar o direito reconhecido na seara do *mandamus*, deve o juiz valer-se dos meios de coerção previstos na

“...para se concretizar o direito reconhecido na seara do *mandamus*, deve o juiz valer-se dos meios de coerção previstos na lei e mais efetivos que o crime de desobediência...”

²² JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 166. “Crime próprio é aquele que exige do sujeito ativo uma particular condição ‘jurídica’ (acionista, funcionário público)”.

²³ STJ – RHC n. 7.990 – MG, 6ª. T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 30 de novembro de 1998, p. 209. “RHC – Penal – Crime de Desobediência – Prefeito Municipal – Não Configuração – 1. Em princípio, diante da expressiva maioria da jurisprudência, o crime de desobediência definido no art. 330 do CP só ocorre quando praticado por particular contra a administração pública, nele não incidindo a conduta de Prefeito Municipal, no exercício de suas funções (...)”. STF – HC n. 76.888 – PI, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29 de julho de 1998, STJ n. 173/547. “Penal. Processual – Prefeito municipal: Descumprimento de ordem judicial: Crime de responsabilidade. DL 201/67, art. 1º, XIV. Ação penal: Trancamento: Impossibilidade. Cerceamento de defesa: Inocorrência. Prescrição. Inocorrência. Cód. Penal, art. 109, IV, I – O crime de desobediência somente é praticado por agente público quando este está agindo como particular. Cód. Penal, art. 330, III – O prefeito Municipal que, quando no exercício

lei e mais efetivos que o crime de desobediência, sob pena de também se tornar autoridade coatora quando processa a autoridade pública pelo crime de desobediência. Afinal, O Poder Judiciário, tal como os demais Poderes, não está imune aos princípios da legalidade e da eficiência consagrados na Constituição Federal vigente.²⁴

5 MEIO LEGAL DE COERÇÃO AO ADIMPLENTO DA TUTELA JURISDICIONAL PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA

Antigamente, em decorrência do **princípio da separação de poderes**, vigorava a ideia de que o Poder Judiciário não podia interferir nos negócios dos demais Poderes, razão pela qual ficava a critério da própria Administração Pública a escolha da forma de adimplemento das obrigações impostas nas sentenças judiciais, o que lhe permitia cumpri-las na forma específica, re-integrando ao patrimônio do lesado o direito violado, ou na forma reparatória, consistente na indenização pecuniária do dano causado pelo ilícito. No entanto, é o próprio princípio da separação de poderes que confere soberania ao Poder Ju-

diciário para apreciar a legalidade dos atos administrativos.

Logo, não tem sentido atribuir ao Poder Judiciário julgamento da legalidade dos atos administrativos do Poder Público, sem dotá-lo dos meios necessários para a efetivação do provimento jurisdicional concedido em face da Administração Pública.

Deste modo, esclarece BARBI que:

[...] o direito brasileiro evoluiu no sentido de não permitir que a Administração escolha entre praticar o ato e indenizar o dano causado: a Administração tem de cumprir a ordem ou decisão judicial na forma ‘específica’, e não pela forma ‘reparatória’. Isto é princípio geral, relativo às ações processadas por qualquer rito e não apenas às processadas na forma do mandado de segurança.²⁵

O referido autor destaca que o juiz pode adotar uma série de medidas tendentes a tornar efetivo o direito reconhecido na sentença:

[...] como o mandado de segurança visa a obter execução específica, entende-se que, para conseguir esse fim, pode o juiz utilizar-se de variados meios, como fixar prazos, ainda que

de suas funções, deixa de cumprir ordem judicial, não comete crime de desobediência e, sim, o denominado crime de responsabilidade, tipificado no art. 1º, XIV, do DL n. 201/67, que é, na verdade, crime comum (HC n.º 69.428, 70.252 e 69.850). No caso, foi o prefeito denunciado por crime de desobediência. Todavia, como a sua conduta não é atípica, não deve a ação penal ser trancada, mesmo porque o réu se defende do fato que lhe é imputado, podendo ocorrer, no caso, a retificação da denúncia mediante *emendatio libelli*. III – Inocorrência de cerceamento de defesa, já que o paciente apresentou resposta à denúncia. Inocorrência, também, de prescrição, tendo em vista a pena cominada para o delito: DL n.º 201/67, art. 1º, § 1º. do CP; art. 109, IV – HC indeferido”. STF – RT n. 467/397. “O funcionário público só pode praticar desobediência se age como particular, pois, se atua na condição de funcionário, o delito será outro”.

²⁴ Art. 5º, LXXVIII, c/c 37 da CF/88.

²⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 225.

não constantes de lei, expedir ordem de reintegração, ou ordem que valha pela declaração de vontade, ordem de entrega de documentos, etc.²⁶

Uma vez inadimplida a ordem pela autoridade coatora, deve o Poder Judiciário utilizar-se dos meios legais não só para fazer válidas as decisões do Estado-Juiz, uma vez que, num Estado democrático de direito²⁷ como o nosso, as ordens judiciais devem ser **cumpridas** ou **impugnadas pelos meios previstos no ordenamento jurídico**, como também para alcançar a finalidade da ação, qual seja a de proporcionar ao impetrante a **efetivação** de seu direito reconhecido no processo, ainda que em sede de liminar.

Nesse quadro, pela interpretação sistemática, aplicam-se subsidiariamente à ação de Mandado de Segurança as regras do Código de Processo Civil que com ela sejam compatíveis, visando maior efetividade dessa garantia constitucional. O Direito Processual deve ser inter-

pretado como um todo harmônico visando à **celeridade** na prestação jurisdicional e à **efetividade** do resultado do processo.

Ademais, a aplicação subsidiária de normas do Código de Processo Civil à ação de mandado de segurança é patente, uma vez que o procedimento deste era regido por dispositivos insertos no próprio Estatuto Processual Civil de 1939, anteriormente à vigência da Lei n. 1.533/1951, tendo o art. 20 da referida Lei revogado “os dispositivos do Código de Processo Civil que trata-

vam **especificamente** do mandado de segurança”. Contudo, esta Lei, em seu art. 19, prescreve **expressamente** a aplicabilidade ao mandado de segurança dos arts. do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio, o que, por certo, não exclui a aplicação de outras

normas do estatuto processual civil; basta atentar-se para a aplicabilidade das normas alusivas aos pressupostos processuais e condições da ação, o que não se discute.²⁸

“...num Estado democrático de direito como o nosso, as ordens judiciais devem ser cumpridas ou impugnadas pelos meios previstos no ordenamento jurídico...”

²⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 226.

²⁷ Art. 1º. da CF/88.

²⁸ STJ –Resp n. 139.276 – ES, 1ª. T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 05 de abril de 2001. Nesse sentido, já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, acolhendo o voto do Sr. Ministro relator Milton Luiz Pereira, cuja síntese vale transcrever: “(...) e estabelece no art. 19: ‘Aplicam-se ao processo do Mandado de Segurança os arts. do CPC, que regulam o litisconsórcio’. [grifou-se]. Conhecidas essas específicas diretrizes formais (comuns a outras ações – CPC), não deve ser omitido que a Lei, em comento, não escapa ao exame sistemático, conforme os princípios gerais do direito. Isto implica dizer que a hermenêutica jurídica, no caso, não pode ser meramente filiada ao conhecimento do texto isolado, mas sob o foco intenso de mediações interpretativas, procurando-se o seu sentido em desvinculação à estrutura da legislação geral, com a pregação sob o eco maior da Constituição (...). No limiar dessa caminhada, convém afirmar que, sob o esplendor de garantia constitucional (art. 5º., LXIX da CF/88), por compreensível importância dos direitos e garantias individuais, com notado benefício à

Nesse sentido, aplica-se subsidiariamente ao mandado de segurança o disposto no art. 461 do CPC, com a redação dada pela reforma processual de 1994 (Lei n. 8.952/1994), no sentido de munir o Poder Judiciário de meio de **coerção indireta** para coagir o administrador público faltoso ao adimplemento da tutela jurisdicional concedida no *mandamus*.

Pela aplicabilidade subsidiária do disposto no art. 461 do CPC no mandado de segurança, ensina ALVIM:

O art. 461 do CPC, em sua nova redação, veio, como dito, a adotar solução idêntica, autorizando, em ação de conhecimento versando obrigação de fazer ou não fazer, a concessão de tutela antecipatória de medida, bem como a imposição – na liminar ou na sentença – de multa diária (*astreintes*), como providência inibitória do descumprimento da obrigação (§§ 3º e 4º), independentemente de pedido do autor. A regra, pelo *caput* do art. 461, também passou a ser a tutela específica da obrigação e, em caso de impossibilidade material da execução específica, a determinação de providências práticas que assegurem resultado equivalente àquele que adviria do adimplemento da obrigação. Apenas na hipótese da impossibilidade de obtenção de providências que assegurem resultado prático

equivalente é que a obrigação se converterá em perdas e danos (§ 1º do art. 461). Se o mando de segurança objetiva, por excelência, a obtenção da garantia pleiteada *in natura*, a imposição de multa pelo descumprimento da ordem (§ 4º) é perfeitamente compatível com o sistema do mandado de segurança (...). Assim, o sistema do art. 461 é, em grande parte, compatível com o mandado de segurança. Este objetiva, por excelência, a obtenção da garantia *in natura*. Esta passou a ser a regra do Código de Processo Civil, segundo a nova redação do art. 461, relativamente às obrigações de fazer e de não fazer. Deste modo, os instrumentos de que se dispõe, no Código de Processo Civil, para garantir a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, devem ser aplicadas ao mandado de segurança.²⁹

No mesmo sentido, ensina TALAMINI:

Nesse passo, revela-se crucial o aproveitamento das regras do art. 461. O regime específico do mandado de segurança já contempla boa parte das eficácias e dos mecanismos também previstos no art. 461: 1) força mandamental e executiva lato sensu; 2) máxima preferência pelo resultado específico; 3) cabimento de antecipação de tutela. A incidência subsidiária

imediatidade da proteção judicial, o *writ* foi aquinhoado como processo sumário especial, mas, renove-se, sem confronto com linhas gerais do direito, desse modo, receptivo à aplicação supletiva, no que couber, de imposições processuais comuns, que não conflitem, pois, com aquelas modificativas e estabelecidas na sua especialíssima lei de regência, nem alterem a natureza jurídica da ação mandamental” [grifou-se].

²⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 281-283.

ria do art. 461 serve para: a) confirmar o cabimento da adoção, no próprio processo, de medidas atípicas para a concretização da tutela (art. 461, § 5º.), inclusive medidas subrogatórias, e, b) permitir a imposição de multa em caso de descumprimento do comando (art. 461, § 4º.).³⁰

Logo, se conclui que um dos meios legais do qual deve se valer o Poder Judiciário para compelir a autoridade pública ao cumprimento da ordem emanada no mandado de segurança é a imposição da **multa diária** ou *astreinte*, conforme disposto no art. 461 do CPC. Tudo com a finalidade de propiciar ao lesado exatamente aquilo – o direito – que lhe fora assegurado na sentença judicial.³¹

6 LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA MULTA DIÁRIA - ASTREINTE

A multa diária ou *astreinte* é imposta ao réu inadimplente para induzi-lo ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Este instituto, previsto nos arts. 84 do CDC e 461 do CPC, é similar à multa compulsiva de obrigação prevista na legislação francesa, daí o nome *astreinte*. Ressalta-se, ainda, que no Direito francês, dada sua operacio-

nalidade, também se admite a utilização da *astreinte* como meio de coação ao adimplemento de obrigações processuais. É “a ‘astreinte’ endoprocessual que, segundo a doutrina, é o único meio de coerção nos casos em que a parte ou terceiro deixa de atender às determinações judiciais em matéria de prova”.³²

A multa diária ou *astreinte* tem por finalidade coagir o vencido em ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, tal qual o mandado de segurança, a adimplir a decisão judicial, mediante sua própria conduta. Ela atua sobre a **vontade** do demandado, obrigando-o ao cumprimento da obrigação, tal qual fixada na sentença. Daí a sua denominação de instrumento de efetivação da tutela específica da obrigação.

7 CRITÉRIO PARA A FIXAÇÃO DA MULTA DIÁRIA - ASTREINTE

A multa diária ou *astreinte* deve ser fixada levando-se em consideração apenas a capacidade econômica do réu, fazendo com que para ele seja mais razoável cumprir a obrigação na forma específica do que arcar com o pagamento da multa diária imposta por seu inadimplemento.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. **Revista do advogado**: 50 Anos da lei do mandado de segurança. São Paulo: Associação dos Advogados, 2001, p. 49-57.

³¹ MS n. 70.088-5-TJPR, j. 22 de novembro de 1999, Rel. Des. Gil Trotta Telles. “Processual Civil – Obrigação de fazer – Multa diária (astreintes) – Fixação de ofício contra pessoa jurídica de direito público – Possibilidade. 1 – As ‘astreintes’ podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (Fazenda Estadual), que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes desta Corte. 2 – Recurso não conhecido”. RESP n. 201378-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 21 de junho de 1999, p. 212. “Mandado de Segurança – Aplicação subsidiária do art. 461 do CPC à Lei 1.533/51.

³² MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 168-169.

A propósito do assunto, observa MARINONI:

Na fixação do valor da multa, é importante considerar a capacidade econômica do demandado. Lembre-se que o art. 37 do CPC argentino afirma que a multa deve ser graduada '*en proporción al caudal económico*' daquele a que ela se dirige. A mesma preocupação está presente no berço das *astreintes*, ou seja, no Direito francês, onde a Corte de Cassação já decidiu que o valor da *astreinte* deve ser estabelecido de acordo com o potencial econômico de quem deve suportá-la.³³

Desta forma, sendo a multa diária ou *astreinte* um meio de coerção indireta destinado a atuar na vontade da autoridade impetrada de forma a compeli-la ao cumprimento do objeto da decisão concessiva de segurança, não há sentido em limitá-la ao valor da prestação, ainda que acrescida de perdas e danos.³⁴

Caso se verifique que a *astreinte* fixada é insuficiente para coagir o demandado ao cumprimento da decisão, pode ser ela majorada, e, a contrário *sensu*, pode ser reduzida, se se mostrar excessiva. Tudo nos termos do art. 644, parágrafo único do CPC. Essa modificação da multa diária fixada na sentença mandamental não representa ofen-

sa à decisão judicial ou à coisa julgada, mas sim a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* na parte do provimento jurisdicional que fixa a multa diária.³⁵

Sobre a fixação da multa diária ou *astreinte* em valores ínfimos ou exorbitantes, adverte ARENHART:

De outra parte, a fim de ter a *astreinte* como instrumento adequado a obter o cumprimento da tutela jurisdicional, necessário estabelecer-se critérios para a dosagem correta da medida. Com efeito, a cominação de valor muito pequeno para o *devedor* enseja a frustração da ameaça, porque o ganho do agente com a conduta certamente superará o seu prejuízo com o desembolso do valor da multa; no outro extremo, a fixação de valor astronômico inviabiliza a medida, quer porque o *devedor* restará insolvente (não podendo pagar a multa), quer porque cria nele a expectativa de que a multa jamais será exigida, porque impossível.³⁶

Efetivamente, na fixação do valor da *astreinte* ou multa diária não se pode perder de vista sua finalidade que é a de coagir a autoridade pública ao cumprimento da decisão judicial.

8 DA VIGÊNCIA E EXIGIBILIDADE DA MULTA DIÁRIA - ASTREINTE

³³ MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175 e 176.

³⁴ Id., **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 899.

³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194.

A multa diária ou *astreinte* cominada começa a **vigorar** a partir do momento em que a decisão judicial é descumprida se se trata de mandado de segurança preventivo, ou do termo final concedido para o adimplemento na decisão concessiva da segurança se se tratar de mandado de segurança repressivo. Sua vigência perdura até o cumprimento efetivo na forma específica da decisão judicial concessiva da segurança. Entretanto, sua **cobrança** somente poderá ser levada a efeito depois do trânsito em julgado da decisão,³⁷ ou seja, após a confirmação, em última instância, da tutela concessiva do *mandamus*.³⁸

Determinação expressa nesse sentido possui o art. 12, § 2º da Lei de Ação Civil Pública: “a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”, a que pode ser aplicado, por analogia, ao art. 461, § 4º do CPC. Já sua execução dependerá de provocação do impetrante vencedor. Quanto ao processo de cobrança, seguirá o procedimento previsto no Código de Processo Civil para execução de quantia certa contra devedor solvente, art. 566 e seguintes. Note-se que somente a

cobrança do montante, resultado da aplicação da *astreinte*, é que se faz por intermédio da execução *stricto sensu* ou *ex intervallo*. A **eficácia imediata** da decisão concessiva da segurança independe de qualquer outro processo que não o do próprio *mandamus*.

Na hipótese de reforma da decisão liminar ou sentença concessiva de segurança, com a improcedência da ação, obviamente a multa diária ou *astreinte* cominada não será executada, uma vez que perde seu fundamento de validade. Contudo, ainda que tal hipótese aconteça, não retira a natureza coercitiva da multa, visto que possui vigência imediata, sendo **diferida** somente sua execução.

9 RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA MULTA DIÁRIA - ASTREINTE

Inicialmente, poderia afirmar-se que quem responde pela multa diária imposta em sede de mandado de segurança, assim como pelas demais consequências pecuniárias do ilícito, é o ente público ao qual a autoridade coatora se acha vinculada. Se a autoridade estiver vinculada à pessoa jurídica de direito privado, com funções delegadas pelo Poder Público, responderá pe-

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 199. “Por fim, importa saber desde quando a multa é devida. A resposta pode ser encontrada pela interpretação do art. 644 do CPC. É o juiz quem deve fixar o *dies a quo*, a partir do qual a multa é exigível. Um limite a esta discricionariedade está na impossibilidade de se fazer exigível a multa em período anterior ao do momento da preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que a estipula. Ou seja, antes de passado o prazo para a impugnação da decisão que fixa a multa, torna-se inviável sua cobrança, até porque poderá ela ser modificada ou mesmo suspensa, por decisão do tribunal competente para o recurso”.

³⁸ Antes disso, a multa pode ser líquida e certa, mas não é exigível (art. 586 do CPC).

las consequências patrimoniais tal entidade de direito privado, a qual poderá integrar o polo passivo da demanda.³⁹

Sobre o assunto, observa BARBI:

O ato que a autoridade coatora pratica no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; é ato do ente público e não do funcionário. Assim, o ato do secretário de Estado que demite um funcionário produz efeitos nas relações jurídicas entre o funcionário e o Estado, e não entre aquele e o secretário. Da mesma forma, o ato de um diretor de sociedade privada vincula a sociedade e não o diretor, uma vez que foi praticado naquela qualidade, e não na de particular.⁴⁰

Na verdade, a multa diária ou *astreintes* deve ser aplicada pelo juiz diretamente sobre o patrimônio da autoridade inadimplente em cumprir a ordem judicial emanada em sede de mandado de segurança, uma vez que descumprir ordem judicial legalmente proferida em sede de ação judicial é conduta dolosa ou ao menos culposa da autoridade pública e viola diversos princípios constitucionais, dentre os quais o da

separação de poderes e da indeclinabilidade da jurisdição. O Poder Judiciário a quem foi atribuída a elevada missão de proferir a jurisdição deve dispor de meios eficazes para compelir os jurisdicionados, dentre eles o próprio poder Público a dar cumprimento a ordem judicial legitimamente emanada. Nesse contexto, a sentença concessiva da segurança será melhor adimplida se a multa diária ou *astreintes* incidir diretamente no patrimônio da autoridade impetrada.

Reforçando a tese exposta, quando há dolo ou culpa do funcionário público ou de agente de ente privado, e estes são **evidentes** quando se descumpre uma ordem judicial, caberá⁴¹ ao ente público **acionar regressivamente** esse agente, taxado de autoridade coatora, para responsabilizá-

lo pelo pagamento da multa, **conforme determina a Constituição Federal vigente, em seu art. 37, § 6º**: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o **direito de regresso** contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” [sem grifo no original].

“...quem responde pela multa diária imposta em sede de mandado de segurança, assim como pelas demais consequências pecuniárias do ilícito, é o ente público ao qual a autoridade coatora se acha vinculada. Se a autoridade estiver vinculada à pessoa jurídica de direito privado, com funções delegadas pelo Poder Público, responderá pelas consequências patrimoniais tal entidade de direito privado, a qual poderá integrar o polo passivo da demanda.”

³⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 126.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 123.

⁴¹ Trata-se de um “dever” e não mera faculdade.

Portanto, embora se afirme, inicialmente, que a responsabilidade pelo pagamento da multa é do ente público ou privado, na verdade a multa diária ou *astreintes* deve ser imposta e executada direta e pessoalmente contra a autoridade impetrada que não deu o imediato cumprimento à ordem judicial mandamental concessiva de segurança. Aliás, de uma forma ou de outra, a autoridade relapsa será/deverá ser responsabilizada regressivamente pela multa, sem contar que a execução contra o particular é menos gravosa que a efetuada contra o Poder Público, que, necessariamente, terá de observar o rito especial do art. 730 do CPC e a ordem de apresentação de precatórios.⁴²

10 CONCLUSÃO

Diante da análise perfunctória de todo o exposto, conclui-se que o mandado de segurança trata-se de um instrumento de cidadania, hábil para corrigir as ilegalidades e abusos praticados por autoridades no exercício de atribuições do Poder Público, cujo manejo já está inserido na cultura das pessoas.

O advogado Público atuando em mandado de segurança deve defender a legalidade do ato prati-

cado, velando pela legalidade e indisponibilidade do interesse público, assim como para que seja utilizado como instrumento de coação indireta para compelir a autoridade impetrada ao adimplemento da sentença concessiva da segurança o instrumento previsto em lei, que é a multa diária ou *astreintes*, e nunca o crime de desobediência por absoluta falta de amparo legal.

O Poder Judiciário, aplicada a **multa diária** - *astreintes* - deve determinar sua execução apenas após o trânsito em julgado da decisão, incidindo diretamente sobre o patrimônio da autoridade reticente em descumprir a ordem judicial.⁴³

Acaso a multa seja aplicada contra o ente público, sua execução deve adotar o procedimento previsto no art. 730 do CPC, assim como deverá o

advogado Público **executá-la regressivamente** contra o patrimônio pessoal da própria autoridade coatora, conforme determina art. 37, § 6º da CF/88.

11 REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

“...embora se afirme, inicialmente, que a responsabilidade pelo pagamento da multa é do ente público ou privado, na verdade a multa diária ou *astreintes* deve ser imposta e executada direta e pessoalmente contra a autoridade impetrada que não deu o imediato cumprimento à ordem judicial mandamental concessiva de segurança.”

⁴² Art. 100 da CF/88.

⁴³ ressaltando-se a determinação de medida acautelatórias mediante requerimento da parte credora que é o impetrante, com a finalidade de conservar o patrimônio do impetrado para assegurar a execução da multa diária ou *astreintes*.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos; DENARI, Zelmo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANEBE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001, tomo 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: (individual e coletiva)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela específica**. 2. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Mandado de segurança: ação popular, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus: mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: (CPC, art. 461)**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000.

_____. **Revista do advogado: 50 anos da lei do mandado de segurança**. São Paulo: Associação dos Advogados, 2001.