

IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA EM FACE DO ARBITRAMENTO DE MULTA DIÁRIA PARA O CUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA

Talita Nunes Maciel Silva

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo visa abordar questão ainda confusa no cenário jurídico brasileiro no que diz respeito à aplicação conjunta de multas diárias, cujo escopo é garantir o cumprimento da tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, e sanções penais decorrentes do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal. Após estudo detalhado de cada um dos institutos supracitados, bem como da apresentação de posicionamentos dos principais tribunais do país e da doutrina mais especializada no assunto, chegaremos à conclusão sobre a possibilidade ou impossibilidade dessa cumulação, tentando, ao final, dá algumas sugestões aos operadores do direito que lidam diariamente com casos concretos dessa natureza.

Palavras-chave: Multa diária. Crime de desobediência. Atipicidade.

1 INTRODUÇÃO

Muitas são as formas que o ordenamento jurídico brasileiro selecionou para assegurar o cumprimento de um pronunciamento judicial. Há meios coercitivos de natureza civil, administrativa e penal, por exemplo.

Em algumas situações, o juiz, após determinar que alguém faça ou deixe de fazer algo, adverte que se o indivíduo não atender à sua ordem incorrerá em crime de desobediência e consequentemente responderá a processo penal. Essa é uma das formas de se assegurar o cumprimento de decisões.

Tema polêmico na prática forense atualmente é a cumulação das *astreintes*, que consistem em multas diárias cominadas ainda no pronunciamento judicial com vistas a compelir o indivíduo a cumprir o que ali está determinado, e da sanção penal prevista no art. 330 do Código penal. A controvérsia se dá em razão de possível ofensa a alguns princípios penais, caso haja a cumulação supracitada, cujo exame mais detalhado será feito a seguir.

2 AS DIVERSAS FORMAS DE ASSEGURAR A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

Como dito anteriormente, há vários meios de se garantir o cumprimento de um pronunciamento judicial. Neste tópico, tratar-se-á mais especificamente de alguns meios coercitivos elencados exemplificativamente no Código de Processo Civil em seu art. 461, § 5º, segundo o qual:

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 atividade nociva, se necessário com a requisição de força policial*.
[grifos nossos]

Sendo assim, temos a nossa disposição, além da cominação da multa diária por tempo de atraso, as chamadas medidas de apoio acima destacadas que, embora não sejam aplicadas com tanta frequência, poderão se mostrar úteis em situações peculiares. Por exemplo, no caso da busca e apreensão, se



fará necessária quando o devedor, na posse de coisa alheia, podendo fazê-lo, não a devolve por livre e espontânea vontade ao seu verdadeiro proprietário; já no caso de obras ou atividades, que por sua natureza, ponham em risco a vida e a saúde dos moradores da região, poderá o magistrado lançar mão da medida de desfazimento de atividade nociva; existe ainda a possibilidade de requisição de força policial para a efetivação da tutela específica, podendo ser citado como exemplo, a obrigação imposta por decisão judicial para que inúmeras pessoas desocupem determinado lugar. Sendo inviável o arbitramento de multa para aquelas tantas pessoas, poderá o juiz requisitar a força policial para compeli-los a se retirarem do local indevidamente ocupado, efetivando assim o cumprimento da obrigação de fazer.

Essas são algumas opções à disposição do juiz, que se mostram bastante eficientes e que, pode-se até arriscar dizer, se aplicadas com mais frequência e da forma adequada, seriam suficientes, por si só, para efetivar o cumprimento da tutela específica.

No entanto, tais medidas de apoio não se mostram como as mais fáceis de serem aplicadas, pois nem sempre a força policial está disponível da forma que o magistrado imaginou que estivesse, algumas vezes, seu uso isolado não é capaz de resolver o problema, a coisa que deve ser entregue, normalmente não se sabe onde está, impossibilitando a sua busca e apreensão, dentre outros obstáculos. Por tal razão, a opção mais fortemente utilizada pelo julgador com o objetivo de se garantir o cumprimento da tutela específica é a cominação de multa diária, já que de certa forma, pode ser pura e simplesmente arbitrada, sem necessidade de colaboração de fatores externos.

2.1 Multa diária

A cominação de multa diária somente é possível nas ações de obrigações de fazer/não fazer e de entrega de coisa. A primeira delas tem como objeto a prestação de um serviço humano em geral, isto é, as obrigações de fazer sempre envolvem uma ação do devedor, como por exemplo, confeccionar, construir, comparecer, dentre outras. Por sua vez, as obrigações de não fazer são marcadas por abstenções, as quais o devedor deverá respeitar, podendo citar-se como exemplo a obrigação de não se aproximar de determinadas pessoas ou locais, não ligar o aparelho de som em volume alto depois de certa hora da noite etc. A última das obrigações, compreende o dever imposto a alguém de entregar ou restituir a coisa a quem de direito, podendo tal coisa ser determinada ou indeterminada.



Na realidade, nem sempre foi assim. Até o ano de 2002 a aplicação dessa penalidade pecuniária estava reservada apenas às obrigações de fazer/não fazer. A partir dessa data, foi editada a lei nº 10.444 de 2002, a qual inseriu naquele rol as obrigações de entrega de coisa. Com nova redação dada pela referida lei, o art. 287, do CPC passou a prever a possibilidade de fixação de *astreintes* também nessa modalidade de obrigação, nos seguintes termos: “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela”

Em consequência dessa inovação, o art. 461-A do mesmo diploma legal, que trata das ações que tenham por objeto a entrega de coisa, passou a determinar que a elas se aplicaria o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461, do CPC, os quais disciplinam a execução imediata das ações de obrigação de fazer/não fazer, inclusive com a fixação de multa diária.

2.1.1 Origem e características

O surgimento desse instrumento processual a favor do credor deriva das *astreintes* do direito francês, tendo a palavra *astreindre* o significado de *obrigar*. Naquele país, foi criada com o escopo de coagir economicamente os devedores a cumprirem as obrigações devidas, tentando influenciar o ânimo desses indivíduos de que perderiam mais se insistissem no não cumprimento. Com esse mesmo ideal, a multa diária foi “importada” para o ordenamento jurídico brasileiro, estando disciplinada mais especificamente no art. 461, do CPC.

As multas diárias podem ser fixadas pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte, possuindo natureza jurídica de pena privada, já que constituem justamente uma sanção imposta ao devedor pelo descumprimento de sua prestação.

É importante esclarecer que o objetivo maior da aplicação da multa por dia de atraso não é que o réu pague o valor fixado, mas que pelo contrário, seja ele desestimulado, em razão da multa cominada, a descumprir a determinação judicial. Por isso mesmo, o valor a ser arbitrado pelo juiz deve ponderar tais circunstâncias, para que o objetivo da norma não seja esvaziado. Nesse sentido os ensinamentos do doutrinador Misael Montenegro Filho (2010, p. 527):



Instrumentalizando-se como medida de atemorização da parte na forma de aviso indesejado, a saber: não sendo cumprida a obrigação específica (dar, fazer ou não fazer), a ela se somará uma penalidade diária até que o problema principal seja resolvido, que é o de forçar o vencido a fazer ou deixar de fazer o que foi imposto na sentença, ou de lhe forçar a entregar uma coisa ao vencedor.

Há divergência doutrinária quanto ao valor máximo que pode ser arbitrado para a multa diária, defendendo alguns autores que não poderá exceder o valor da obrigação principal, pois isto geraria o enriquecimento ilícito do credor. Se analisarmos mais detalhadamente essa questão, perceberemos que tal pensamento está equivocado, justamente pelo que acabou de ser exposto: as *astreintes* não têm caráter de contraprestação da obrigação principal, nem tão pouco de reparação dos prejuízos suportados pelo credor, seu caráter é eminentemente inibitório, visando evitar o descumprimento da obrigação na sua forma específica. Por tal razão, justifica-se sua fixação em valor alto, podendo até mesmo ultrapassar o montante da obrigação principal, fato que não poderá ser qualificado como enriquecimento ilícito do credor.

O § 6º do dispositivo ora estudado prevê a possibilidade de o juiz da execução alterar tanto o valor quanto a periodicidade da multa, caso perceba que se mostrou insuficiente ou excessiva para sua finalidade inibitória. No entanto, o aumento ou redução do quantum previamente fixado não pode ser feito aleatoriamente, deve obedecer a alguns critérios objetivos, como por exemplo: a manutenção da situação fática, não autoriza a alteração supracitada, por outro lado, qualquer modificação na situação de fato é o suficiente para ensejar a alteração também da pena pecuniária.

A incidência da multa está diretamente ligada, em primeiro lugar ao não cabimento mais de recursos da decisão que a fixou, bem como ao final do prazo estipulado pelo magistrado para o cumprimento da obrigação. Findo este, o juízo começará a contabilizar os dias de atraso para fins de cálculo do quantum devido ao credor.

No entanto, para que o período de incidência tenha início, faz-se necessário o conhecimento perfeito da determinação judicial por parte do réu. Caso não tenha ele sido intimado pessoalmente sobre o que está obrigado a fazer, não há que se falar em descumprimento da decisão, uma vez não preenchida a condição essencial acima citada.



Por todo o exposto, já se deve ter percebido que, com a aplicação do procedimento previsto no art. 461, do CPC, as sentenças ou decisões liminares que imponham a obrigação de fazer/não fazer ou de entrega de coisa “abandonaram” a fase de execução propriamente dita, passando a vigorar para elas a simples efetivação do pronunciamento judicial.

Isso quer dizer que a fixação de multa por dia de atraso, imposta pelo juiz na própria sentença ou decisão, com o fim de garantir ao autor a satisfação do seu direito em espécie, obriga o réu a cumprir de imediato sua prestação para se furtar aos efeitos da pena pecuniária. Em razão dessa sistemática, a obrigação devida é cumprida, como dito logo acima, de imediato, constituindo o que a doutrina chama de *execução imediata e de ofício*. Para esclarecer melhor o tema, segue um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

As decisões judiciais que imponham a obrigação de fazer ou não fazer, ao advento da Lei 10.444/02, passaram a ter execução imediata e de ofício. Aplicando-se o disposto no art. 644, *caput*, combinado com o art. 461, com a redação dada pela Lei 10.444/02, ambos do CPC, verifica-se a dispensa do processo de execução como processo autônomo. Se a nova sistemática dispensou a execução, é indubitosa a dispensa também dos embargos, não tendo aplicação o disposto no art. 738 do CPC.¹

Tal entendimento jurisprudencial vem apenas reforçar o que acaba de ser explanado. O art. 644 do CPC trata do processo de execução para as obrigações de fazer/não fazer, no entanto, remete a disciplina de tal processo ao que está disposto no art. 461 do mesmo diploma legal. Ou seja, segundo aquele dispositivo, a execução das sentenças cujo objeto seja as obrigações de fazer ou não fazer, se dá nos termos do que está positivado no art. 461 do CPC, evidenciando o fato de que tais sentenças não passarão mais por um processo de execução autônomo, já que sua execução se opera imediatamente e de ofício.

Vale destacar, por fim, que tal sistemática só é válida para as obrigações de fazer/não fazer e entrega de coisas dispostas em título judicial (sentença). As provenientes de título executivo extrajudicial deverão

¹ STJ. 2ª Turma. Resp 692.323. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 26/04/2005. DJU 30/05/2005.



obedecer às regras do art. 645 do CPC, passando por um processo de execução autônomo, já que nesses casos, sequer há uma relação processual originalmente instaurada.

3 CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Antes de iniciar a análise da questão central do presente trabalho, cumpre conhecer melhor os elementos que compõem o crime em tela, previsto no art. 330 do Código Penal. O tipo está assim descrito: “*Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa*”.

Observa-se que o delito de desobediência compreende um ato de *resistência passiva*, isto é, o simples ato de não cumprir, deixar de atender, não se submeter, sem emprego de violência ou ameaça ao funcionário que emite a ordem, pois tais condutas são típicas do delito de resistência, previsto no art. 329 da mesma legislação.

Só haverá que se falar em crime de desobediência se a autoridade competente houver expedido uma efetiva *ordem*, não basta um simples pedido ou solicitação. Ademais, exige-se que referida ordem seja *legal*, tanto no sentido formal quanto no material, tendo em vista que, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II). Portanto, a justiça ou *injustiça* da ordem pouco importa para a configuração do delito, apenas sua legalidade é imprescindível.

Outro requisito para a caracterização do tipo penal ora estudado é de que a ordem parta de *funcionário público competente*, aquele que esteja no exercício do cargo no momento da expedição da ordem e que tenha atribuições legais para tanto, caso contrário, a resistência do indivíduo em obedecê-la será atípica.

Exige-se ainda que a ordem seja *diretamente transmitida a quem deva cumpri-la*, pois só se pode cumprir a obrigação que se sabe ser devida. Não havendo o conhecimento perfeito do conteúdo da ordem legal, impossível se aferir o dolo no seu eventual descumprimento e, conseqüentemente, impossível a persecução penal. Melhor esclarecendo o assunto, vale os ensinamentos do doutrinador Celso Delmanto (2010, p. 937):

A ordem deve ser dirigida direta e expressamente ao agente, não bastando que seja a ele encaminhada por meio de interposta pessoa (secretária, por exemplo). Isto porque é imprescindível à caracterização do crime que o agente tenha conhecimento inequívoco da ordem.



Quanto ao destinatário da ordem, há ainda que se ressaltar que deve ele ter a *obrigação legal*² e *condições materiais* de cumpri-la. O primeiro requisito, porque não há lógica em se punir o cidadão que não tem qualquer dever jurídico perante a ordem expedida, como por exemplo, no caso do homem que se recusa a realizar o exame de sangue no curso de uma ação de investigação de paternidade. Por não estar obrigado a se submeter a tal exame, apesar de recair sobre ele a presunção de paternidade, como consequência de sua recusa, não recairá, entretanto, sanções de natureza penal, já que o indivíduo não cometeu qualquer crime com tal atitude.

O segundo requisito porque, se há impedimentos que fogem à vontade do agente, como por exemplo, entraves burocráticos, falta de colaboração de terceiros etc, o descumprimento da ordem será inevitável e independente de sua vontade. Sendo assim, não possuindo ele condições materiais para cumprir a ordem, sua desobediência será atípica. Corroborando o que acaba de ser exposto, aduz Júlio F. Mirabete (2010, p. 331): “sendo a autoridade impetrada incompetente para atender ao pedido feito em mandado de segurança, por ilegitimidade passiva *ad causam*, não se pode falar em crime de desobediência, pela impossibilidade material de atendimento à ordem judicial”.

Como pode-se perceber, o *dolo é o elemento subjetivo do crime*. O agente deve ter consciência da legalidade da ordem a si dirigida e que o funcionário público emissor é o competente para tanto, e ainda assim, querer descumpri-la. O erro do tipo ou o motivo de força maior excluem o dolo. Não há previsão para a forma culposa, razão pela qual, na ausência do elemento subjetivo em questão, o crime de desobediência não existirá.

O *objeto jurídico* a ser protegido pelo tipo penal do art. 330, CP, é o prestígio e a dignidade da Administração, que serão comprometidos, inevitavelmente, no descumprimento de uma ordem expedida por uma de suas autoridades. A previsão de sanções penais para casos como esses visa justamente resguardar tais qualidades da Administração Pública em geral.

Quanto aos sujeitos do crime, pode-se identificar como *sujeito ativo*

² Criminal. RHC. Desobediência. Trancamento da ação. Atipicidade evidenciada. Recurso provido. I. Só se configura o delito de desobediência quando há descumprimento à ordem legal endereçada diretamente a quem tem o dever legal de cumpri-la. II. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal por atipicidade”. (RHC 10648/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, publicado no DJ em 19/03/2001, p. 120).



qualquer pessoa. Apesar de algumas divergências doutrinárias, é certo afirmar que, até mesmo o funcionário público pode figurar como agente do delito de desobediência, desde que não esteja no exercício de suas funções no momento do descumprimento da ordem legal. Por sua vez, o *sujeito passivo* será sempre o *Estado*, e de forma secundária, o funcionário público emissor da ordem.

O delito em tela pode *ser praticado tanto na forma comissiva quanto na omissiva*. Na primeira hipótese, haverá uma ação do agente, fazendo algo que estava proibido em virtude da ordem legal expedida pelo funcionário público competente, como por exemplo, a venda de bebidas alcoólicas em dia de eleição, logo após sua proibição ordenada pelo magistrado. Na segunda hipótese, o que ocorre é uma abstenção, o agente se mantém inerte enquanto escoo o prazo fixado pela autoridade competente para o cumprimento de determinada obrigação, como por exemplo, no ato de recusa do agressor em entregar a arma utilizada na prática do crime. Esclarecendo melhor o assunto, Fernando Capez (2010, p. 555) ensina que:

O conteúdo da ordem emanada pode ser uma ação (determina-se que o destinatário faça algo) ou omissão (determina-se que o destinatário deixe de fazer algo). Nesta última hipótese, o crime se consuma no momento em que o agente pratica a ação de que deveria se abster. Já na primeira hipótese, para que se considere consumado o crime, é preciso verificar se o funcionário concedeu prazo para que o agente realize a ação devida, pois, ultrapassado tal prazo e tendo aquele se omitido, considera-se descumprida a ordem e, portanto, consumado o crime. Ausente qualquer prazo, deverá ser fixado um tempo juridicamente relevante que caracterize a omissão, isto é, o descumprimento da ordem.

No que diz respeito às questões processuais, a competência para processar e julgar o crime de desobediência é do Juizado Especial Criminal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato para tal delito não ultrapassa dois anos, como assim exige a Lei nº 9.099/95.

A ação penal será pública incondicionada, isto é, independente da representação do ofendido. Serão cabíveis para a espécie os institutos da transação penal e/ou da suspensão condicional do processo, desde que atendidos os pressupostos estampados na lei supracitada.



4 IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA FACE A COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA ANTERIOR

Situação bastante comum, vivenciada hoje no judiciário brasileiro é a cominação de multa diária nas decisões judiciais para o descumprimento da tutela específica e, posteriormente, verificado o insucesso de tal meio coercitivo, a tentativa de responsabilização criminal com fulcro no delito previsto no art. 330, CP.

Assim, o magistrado determina ao réu que faça algo, deixe de fazê-lo ou entregue alguma coisa, e comina multa diária para a hipótese de descumprimento. Após algumas intimações e notificações sem êxito, o magistrado lança mão de outro meio coercitivo, qual seja a advertência de que não atendida, desta vez, a ordem judicial, o réu incorrerá em crime de desobediência e terá contra si instaurado um processo penal.

É compreensível essa atitude tomada por alguns magistrados, tendo em vista que as sanções de natureza penal são bastante eficazes quando o objetivo é compelir os cidadãos a cumprirem suas obrigações. A possibilidade de ter que responder um processo penal assusta a maioria e, normalmente, consegue convencer àqueles que tentavam resistir, a cumprir sua obrigação na forma específica, assim como determinado na sentença.

Ocorre que a Corte Suprema já se posicionou acerca da impossibilidade da cumulação da sanção civil pecuniária com a sanção penal do crime ora estudado e muitos tribunais pátrios já vêm aplicando esse entendimento, como pode-se perceber pelos seguintes julgados:

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA ("ASTREINTE"), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ("astreinte") fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina



e jurisprudência.³ [grifos nossos].

*Crime de desobediência: caracterização: descumprimento de ordem judicial que determinou apreensão e entrega de veículo, sob expressa cominação das penas da desobediência. Caso diverso daquele em que há cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico, quando, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1ª T., 13.4.82, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2ª T., 2.9.86, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa. Por isso, incide na espécie o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal.*⁴ [grifos nossos].

HABEAS CORPUS - ORDEM JUDICIAL - DESOBEDIÊNCIA - ASTREINTES - INEXISTÊNCIA DE CRIME. - NÃO CONFIGURA O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA A CONDUTA QUE, APESAR DE DESCUMPRIR ORDEM JUDICIAL, SE EXPÕE A OUTRA SANÇÃO (ASTREINTES) NELA FIXADA PARA O CASO DE EVENTUAL DESCUMPRIMENTO.⁵ [grifos nossos].

PROCESSO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - ART. 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI 201/67 - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - ORDEM JUDICIAL - DESCUMPRIMENTO - PENALIDADE PECUNIÁRIA IMPOSTA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRECEDENTES DO STF. Na esteira da jurisprudência firme da Suprema Corte, *não configura o crime de desobediência quando o cumprimento da ordem judicial está assegurado por multa imposta civilmente, podendo o réu descumprir a determinação, desde que pague a penalidade pecuniária fixada, o que descaracteriza o cerne do delito em questão.*⁶ [grifos nossos].

³ STF. 2ª Turma. HC 86254/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/10/2005. DJ: 10/03/2006.

⁴ STF. 1ª Turma. HC 86047/SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 04/10/2005. DJ: 18/11/2005.

⁵ TJ/DF. 4ª Turma Cível. HC 156978020098070000 DF 0015697-80.2009.807.0000. Relator Des. Fernando Habibe. Julgamento: 09/12/09. DJ: 17/12/09.

⁶ TJ/MG. Proc. nº 1.0000.07.465882-4/000(1). Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julgamento: 28/04/2009. DJ: 11/05/2009.



Tais julgados corroboram o que a doutrina majoritária já vinha tentando sedimentar. Como exemplos desse entendimento, passa-se a transcrever a opinião de dois doutrinadores renomados:

Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressaltar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência (JESUS, 2002, p. 219).

Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Cód. de Proc. Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a processo penal por crime de desobediência). (Nelson Hungria apud GRECO, 2011, p. 492).

A impossibilidade dessa cumulação, que como exposto, vem sendo defendida pelos tribunais pátrios e pela doutrina majoritária pode ser justificada com base em dois princípios penais: princípio da intervenção mínima e princípio do *ne bis in idem*, os quais serão melhores detalhados nos tópicos seguintes.

4.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio em tela constitui a maior marca do direito penal. Como a própria nomenclatura sugere, ele determina que a reprimenda penal intervenha de forma mínima na vida da sociedade, por isso também, chamado



de *ultima ratio*, cuja tradução significa última razão.

Essa intervenção mínima se explica pelo fato de que as sanções de natureza penal são as mais severas dentre todas as existentes no ordenamento jurídico, impondo grandes restrições aos direitos dos indivíduos, razão pela qual deve ser usada com bastante cautela, somente em situações extremas. Luiz Regis Prado aduz que este princípio (2010, p. 148):

Estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

Sendo assim, a lição que fica é a de que as sanções dos outros ramos do direito devem ser priorizadas sempre que possível, enquanto as de natureza penal devem funcionar apenas como subsidiárias daquelas. Por exemplo, o direito administrativo oferece as multas como forma de punição quando transgredidas suas normas, o direito civil, por sua vez, impõe a reparação do dano causado, há ainda o direito do trabalho, com a imposição da correção das faltas cometidas, dentre outros. Com esses exemplos constata-se a gama de instrumentos jurídicos extrapenais que temos a nossa disposição para serem usados como meios coercitivos, antes de se lançar mão da *ultima ratio*.

No caso das obrigações de fazer/não fazer e de entrega de coisa não poderia ser diferente. As *astreintes*, como explanado acima, foram criadas justamente com o objetivo de compelir os devedores a cumprirem suas obrigações na forma específica, se revelando numa forma de desestímulo econômico ao descumprimento destas.

Logo, por constituir uma sanção menos gravosa à parte, deve ser preferida em detrimento das penas do delito de desobediência. Tendo o magistrado a opção da pena pecuniária, deve aplicá-la sempre que possível, abrindo mão, por conseguinte, da intervenção do direito penal.

4.2 Princípio do *ne bis in idem*

O termo latim em português quer dizer *proibição da dupla punição pelo mesmo fato*. Representa um limite imposto ao *ius puniendi* estatal, pois



impede que o agente de determinado crime seja obrigado a cumprir mais de uma pena, tendo cometido apenas um fato delituoso.

Cada ilícito penal possui uma única pena cominada em abstrato, que se fará devida quando consumado este. Havendo mais de um delito praticado pelo mesmo agente, ele se sujeitará as penas aplicadas em concurso de delitos, instrumento criado pelo direito penal para avaliar e aplicar de forma mais adequada as penas cabíveis nesses casos peculiares. Em respeito a esse princípio, exige-se ainda que determinado fato não seja contabilizado duas vezes no momento da dosagem da pena que obedece a três fases, nos termos do art. 59, do CP. Por exemplo, a circunstância que representa causa de aumento ou agravante não pode ser usada no momento da fixação da pena base, pois tal ato configuraria a dupla punição pelo mesmo fato.

A cumulação das *astreintes* com as penas do crime de desobediência constituem exatamente um exemplo do que está proibido pelo princípio do *ne bis in idem*. Basta que observemos mais detidamente a questão: se o réu, obrigado a cumprir determinada ordem judicial que lhe impõe uma obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, se sujeita a uma sanção pecuniária para a hipótese de seu descumprimento e, efetivamente descumpre tal ordem, ele fica obrigado a pagar referida multa imposta. Efetuando o pagamento, sua “pena” foi cumprida, significando que ele não deve mais nada à lei.

Qual seria a justificativa para se punir posteriormente o indivíduo pelo crime de desobediência sem que isso implicasse na dupla punição pelo mesmo fato? Só porque as duas sanções não são ambas de natureza penal? Essa explicação, por si só, não é suficiente. Acerca de sanções administrativas, mas utilizando-se de argumentos que podem ser igualmente empregados para as sanções civis, explica Luiz Regis Prado (2010, p. 160):

É oportuno salientar que a autoridade sancionadora penal e a administrativa integram o *ius puniendi* estatal geral, independentemente de se considerar a distinção entre ilícitos penais e administrativos como qualitativa ou meramente quantitativa. [...] Para logo, e na esteira da majoritária doutrina, tem-se que as diferenças estabelecidas entre um e outro ilícito são meramente quantitativas, sendo, pois, razoável a incidência do referido princípio.

A expressão do princípio *ne bis in idem*, nesse contexto, veda a dupla punição penal e administrativa pelo mesmo fato.



Por essa razão, os tribunais pátrios já vêm reconhecendo a atipicidade do crime de desobediência quando arbitrada multa anterior para a hipótese de descumprimento da ordem expedida. As duas espécies de sanções, mesmo que de naturezas distintas, não podem coexistir, pois haveria uma dupla punição pelo mesmo fato, algo proibido pelo direito brasileiro.

5 ALTERNATIVAS PARA OS OPERADORES DO DIREITO

Diante de tudo que foi exposto, em razão de alguns juízos de primeiro grau ainda tentarem cumular a sanção pecuniária e a sanção penal prevista para o crime do art. 330, do CP, surge a necessidade de se adequar a essa impossibilidade.

A doutrina explica que se determinada lei específica prevê para a desobediência penalidades extrapenais, não haverá configuração do crime em tela, *salvo se a própria lei ressaltar a aplicação conjunta das duas espécies de sanção*.

Pelo que acaba de ser dito, constata-se que apenas o legislativo teria esse condão, ao elaborar as leis com o conteúdo supracitado, não cabendo ao juiz, por ausência de competência legislativa, promover esse tipo de cumulação, como assim preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 205):

Solução idêntica ocorre com as *decisões judiciais* que cominem suas próprias sanções no âmbito do direito privado, como sói acontecer nas antecipações de tutela, liminares ou ações civis públicas, com apenas uma diferença: o Judiciário, ao cominar sanções civis ou administrativas, nesses casos, *não pode ressaltar a aplicação cumulativa da pena correspondente ao crime de desobediência*, por faltar-lhe legitimidade legislativa.

Sendo assim, resta ao magistrado e demais operadores do direito, sabendo que não haverá possibilidade de se socorrer das penas do delito de desobediência caso as *astreintes* não logrem êxito, escolher desde logo a sanção que deseja aplicar aos destinatários da ordem.

Se desconfiarem que as *astreintes* não serão suficientes para compelir os devedores a cumprirem com suas obrigações na forma específica, em razão do seu poderio econômico, por exemplo, ou porque já possuem um histórico



de inadimplência, deverão adverti-los que o eventual descumprimento da ordem resultará de imediato na configuração do crime de desobediência e, consequentemente, na necessidade de se responder a um processo penal.

Obviamente, que essa opção deverá ser escolhida com bastante cautela, já que é mais gravosa ao réu e pelo princípio da intervenção mínima só deverá ser usada em último caso. Mesmo sendo uma medida excepcional, é bastante eficiente e evitará que o magistrado fique de mãos atadas frente a devedores que ignoram a cominação das multas diárias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o crime de desobediência é um importante instrumento à disposição dos magistrados para reforçar a necessidade de cumprimento das decisões judiciais. No entanto, não pode ser usado sempre e em quaisquer circunstâncias.

Se houver cominação de multa diária anterior, a conduta de descumprimento da ordem será atípica para o direito penal, pois a cumulação das duas espécies de sanção não é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais analisados. Ademais, essa cumulação representaria uma ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Por isso, chama-se atenção dos operadores do direito nesse quesito, para que no momento em que forem escolher alguma forma de assegurar o cumprimento da tutela específica, tenham em mente que a opção pela multa diária excluirá as penas correspondentes ao delito de desobediência e vice-versa e que, portanto, devem ser cautelosos e buscar sempre o meio coercitivo mais eficaz para cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 5:** parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes



contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H) 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**, vol. 01: processo de conhecimento. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**, volume IV. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**, volume I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial**, vol. 4. 12. ed. [s.l.]: Saraiva, 2002

MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 03: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, volume 01: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120. 9. ed.



São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume I: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

INABILITY TO SET THE CRIME OF DISOBEDIENCE IN FACE OF ARBITRATION OF A DAILY FINE FOR THE FULFILLMENT OF SPECIFIC PROTECTION

ABSTRACT

This article aims to address the question still confused Brazilian legal scenario about the joint implementation of a daily fine, which aims to ensure compliance with the specific tutelage in the obligations to make, to not make and delivery, and penalties arising from the crime of disobedience, provided for in art. 330 of the Penal Code. After detailed study of each of the above institutes, as well as the presentation of positions of the main courts of the country and specializes in teaching the subject, come to the conclusion about the possibility or impossibility of cumulation, trying, finally, gives some suggestions for operators of the right, who deal daily with specific cases such.

Keywords: Daily fine. Crime of disobedience. Atypicality

