

DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO CAUTELAR

Nelson de A. Noronha GUSTAVO Jr.¹

PREMISSAS BÁSICAS

Na ação cautelar, a parte provoca o órgão judicial a efetivar providências no sentido de assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não alcançada a decisão final da prestação jurisdicional. Nas palavras do Prof. Humberto Theodoro Júnior, citando o Min. Alfredo Buzaid (exposição de motivos, de 1972) “surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo ‘a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução’ e tendo por elemento específico a prevenção.”

Embora o art. 798 do CPC indique que, em existindo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, o juiz poderá determinar a medida cautelar, é certo que “demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.” “Não há discricionariedade no ato do juiz, que deve ater-se ao comando emergente da Lei. Presentes os pressupostos, não pode deixar de conceder a liminar; ausentes, deve denegá-la.”

Consoante disposição do Código de Processo Civil pátrio (art 796), o provimento cautelar pode ser autônomo (quando instaurado antes do processo principal) ou incidental (quando instaurado depois do processo principal). Daqui, extrai-se o caráter instrumental do processo cautelar, sempre buscando tutelar e garantir o êxito do processo principal (seja de conhecimento ou de execução). Por serem instrumentais

e/ou acessórios, ou seja, por servirem de instrumento para garantir a eficiente e eficaz prestação jurisdicional no processo principal, os provimentos cautelares são de natureza provisória, podendo ser revistos e/ou terminados em qualquer instante. Com efeito, a decisão proferida no processo cautelar possui eficácia temporária e provisória, sempre dependente daquilo que for decidido no processo principal.

Além das medidas cautelares específicas do processo civil (seqüestro, arresto, produção antecipada de provas, apreensão de títulos, etc.), existem as chamadas medidas cautelares atípicas ou inominadas, oriundas do poder geral de cautela atribuído aos juízes para que eles concedam medidas cautelares não previstas pela legislação, conforme o caso apresentado exija (art. 798 e 888 do CPC).

MEDIDA CAUTELAR E PROCESSO CAUTELAR

É sempre pertinente lembrar, como indicou o Professor Livre-docente da USP, Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso, que “medida cautelar” não se confunde com “processo cautelar”. “Medida cautelar é espécie, de que ‘processo cautelar’ é gênero, ou seja, ‘medidas’ (providências) de ordem cautelar são geralmente concedidas no seu instrumento ou veículo próprio, que é o processo cautelar. Mas, ‘medidas cautelares’ existem que podem ser pedidas em outros processos, que não o cautelar (v.g.: a liminar no mandado de segurança, que é um processo de conhecimento, com um rito sumário; o arresto, o seqüestro, medidas cautelares próprias do processo de execução; o embargo liminar, na nunciação de obra nova (CPC, art. 973), ação inserida nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, etc). Isto sem falar nas medidas cautelares

⁽¹⁾ Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

de cunho administrativo, em que sequer há uma 'lide cautelar', sendo a atividade jurisdicional de caráter meramente homologatório ou chancelatório, como se dá nas vistorias, nas notificações."

A DECISÃO OU ORDEM JUDICIAL

O inciso V, do art. 14 do Código de Processo Civil

A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, alterou a redação do art. 14 do Código de Processo Civil, no qual mandou incluir o inciso V, com o que ficou estabelecido "caber às partes e a todos quantos de qualquer forma participem do processo, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final".

Esse dispositivo legal é meramente explicitante. Assim como constitui dever de todos cumprir a lei, também é dever de todos respeitar os provimentos judiciais. Cuida-se de deveres inerentes à condição de pessoa que vive em um Estado de Direito, que participa, querendo ou não, do pacto social.

Referindo-se a lei a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, abrangeu a explicitação a toda e qualquer pessoa cuja conduta tenha ou possa ter repercussão, direta ou indireta, no processo. Ninguém fica dela excluído.

Decisão mandamental

As decisões judiciais impõem obrigações e as obrigações em geral dividem-se em duas categorias, ou são obrigações de dar, ou são obrigações de fazer. Referindo-se o inciso V, do art. 14, do Código de Processo Civil, a decisões *mandamentais*, esse dispositivo está referindo-se a todas as decisões que consubstanciem uma *ordem*, decisões das quais decorra para a parte uma obrigação de *fazer* ou de *não fazer* alguma coisa.

Decisão antecipatória ou final

Referindo-se a decisão *antecipatória* ou *final* o dispositivo em tela está dizendo que a decisão pode ser a que tenha sido proferida em juízo liminar, ou em juízo definitivo. Abrange, pois, as medidas liminares, sejam elas concedidas em mandado de segurança ou em ação

cautelar, ou de qualquer outro tipo, e abrange as sentenças definitivas em quaisquer ações.

Em outras palavras, a norma do art. 14, inciso V, do Código de Processo Civil, e as decisões *mandamentais* proferidas em qualquer espécie de processo e em qualquer momento processual.

O DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO E A SANÇÃO

1. Configuração do descumprimento

1.1. Dever de fazer ou não fazer algo

Diante de uma decisão mandamental, algo deve ser feito, ou deve deixar de ser feito. Assim, a conduta de não fazer o que deve ser feito, ou de fazer o que não deve ser feito, configura o descumprimento da decisão e enseja, portanto, a sanção prevista no parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil.

Em princípio, é fácil identificar-se esse descumprimento. Podem existir, porém, situações nas quais essa identificação não seja simples.

1.2. Questionamento do mérito da decisão

Ressalte-se que a parte, ou qualquer pessoa que de qualquer forma participe do processo, não pode questionar a validade da decisão buscando escusar-se de seu cumprimento. A decisão proferida pelo Poder Judiciário, ainda que efetivamente situada fora do quadro das decisões possíveis em face do sistema jurídico, nele se encarta por força do princípio da competência, de sorte que a parte contra a qual é proferida não pode fazer nenhum questionamento sobre o seu mérito. Não pode escusar-se de cumpri-la alegando que é incorreta, que fere a ordem jurídica, que tem esse ou aquele defeito que a invalida. Admitir o contrário seria colocar a parte na condição de juiz do juiz, o que evidentemente seria um absurdo.

Existe uma tendência natural de considerarmos errado tudo quanto se dirige contra nossos interesses. Por isto mesmo é que o juiz é suspeito para o julgamento das suas causas nas quais tem interesse. Assim, seria absurdo admitir-se que alguém, sendo parte em um processo, pudesse apreciar com isenção as decisões no mesmo proferidas.

Também não se pode admitir o descumprimento de decisão judicial a pretexto de que a mesma é obscura. Se aquele a quem é dirigido o mandamento judicial tem dúvida quanto ao sentido ou ao alcance deste, deve interpor embargos de declaração. Ou, então, adotar o comportamento determinado dando ao mandamento o sentido e o alcance capazes de lhe conferir a maior efetividade possível.

A única via onde a parte, ou o terceiro prejudicado com a decisão judicial, pode questionar a respeito de sua validade, é a via do recurso.

1.3. O direito de recorrer

Realmente, a lei assegura tanto à parte como ao terceiro eventualmente prejudicado, o direito de recorrer contra as decisões judiciais que contrariem os seus interesses. As decisões judiciais são, em princípio, recorríveis. Assim, diante de uma decisão judicial aquela que seja por ela alcançada poderá interpor recurso. Para tanto deve verificar qual é o recurso cabível no caso concreto.

Os recursos podem ter, e podem não ter efeito suspensivo. Se o recurso cabível no caso não tem efeito suspensivo, sua interposição não basta para suspender os efeitos da decisão. E mesmo quando o recurso tem efeito suspensivo, sua interposição ainda não basta para que tal efeito se produza. É preciso que o recurso seja recebido, quer dizer, que a autoridade responsável por seu encaminhamento despache afirmando que o recebe.

Existem recursos que podem ser recebidos com ou sem efeito suspensivo. Assim, em se tratando de um desses recursos, o despacho de recebimento do recurso é ainda mais importante, pois ele definirá se a parte fica, ou não fica desobrigada do cumprimento da decisão nela atacada.

Tem sido muito freqüente a situação na qual uma autoridade apontada como coatora em mandado de segurança deixa de cumprir a liminar no mesmo concedida a pretexto de haver sido requerido a suspensão da execução da medida, ou interposto agravo de instrumento. É evidente, porém, que nem o pedido de suspensão da medida liminar, nem a interposição do agravo de instrumento, elidem a configuração do descumprimento da decisão concessiva da medida liminar. Só a decisão que suspende a execução da liminar, ou a que confere efeito suspensivo ao agravo de instrumento, afastam o dever de cumprir o que na liminar foi ordenado.

Outro aspecto importante a ser considerado diz respeito ao cabimento do recurso.

Quando o recurso não seja cabível, sua interposição evidentemente não impede que se configure o descumprimento da decisão recorrida. E como incabível se há de considerar aquele que seja interposto fora do prazo para esse fim estabelecido. Entretanto, se o recurso é recebido pela autoridade competente, e tem efeito suspensivo, ou a ele é atribuído efeito suspensivo pela autoridade competente, o dever de cumprir a decisão recorrida fica suspenso até que o órgão para o qual foi dirigido o recurso sobre ele se manifeste.

1.4. Abuso do direito de recorrer

O direito de recorrer pode, como qualquer direito, ser exercido regularmente, ou ser exercido abusivamente. Em outras palavras, é possível que exista em tese o direito de recorrer, mas no caso concreto o recurso seja de tal forma desprovido de probabilidade de êxito que se tenha a sua interposição como um abuso do direito de recorrer.

Muitas outras situações podem configurar-se, com as mais diversas variantes, de sorte que não se pode desde logo estabelecer uma regra a todas elas aplicável. Assim, cabe ao juiz, em cada caso, avaliar se está realmente configurado, ou não, o descumprimento da decisão, como suporte da incidência da norma sancionadora.

Seja como for, tem-se de considerar que a multa somente será exigível a partir do trânsito em julgado da decisão cujo descumprimento ensejou sua aplicação, como adiante se verá.

2. RESPONSABILIDADE PELO DESCUMPRIMENTO

O parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil, diz que o Juiz pode, no caso de descumprimento de ordens judiciais, “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”. O responsável é aquele que agiu com dolo ou culpa. Pode ser a própria parte, se pessoa natural, ou quem a corporifica, se a parte é pessoa jurídica de direito privado, ou de direito público.

O dispositivo em tela refere-se a parte, mas se refere também a qualquer pessoa que participe do

processo. Se a responsabilidade fosse sempre da parte, seria supérflua a referência a essas outras pessoas. Mas essa referência a outras pessoas foi feita exatamente para alcançar aqueles que, sem serem parte, atuam em nome ou a favor desta. E como a conduta punível de que se cuida é inspirada em elemento subjetivo - dolo ou culpa -, fez-se necessária para alcançar os que corporificam as pessoas jurídicas, eis que estas jamais atuam com dolo, ou culpa.

A multa, no caso, não tem natureza compensatória, posto que não se destina ao patrimônio do prejudicado com o descumprimento da decisão, mas ao patrimônio Fazenda Pública. Seu único objetivo é desestimular a conduta violadora do dever de cumprir as decisões judiciais. E tem por fundamento o elemento subjetivo, de sorte que por ela é responsável em primeiro plano a pessoa natural autora da conduta reprovável.

O raciocínio que conduz à conclusão de que a multa é aplicável à parte (pessoa jurídica) e não a quem a corporifica (pessoa natural) diretamente responsável pelo descumprimento da decisão judicial não é sequer um raciocínio lógico. Mas, ainda que o fosse, não poderia prevalecer pois, como afirma Perelman, com inteira propriedade, “seja qual for a técnica utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, com a aceitabilidade social da decisão. Essa preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão.”

Quando a parte seja a Fazenda Pública a interpretação segundo a qual a multa seria aplicável à parte e não a quem a corporifica mostra-se ainda mais inaceitável, pois na generalidade dos casos implicaria anular a própria norma instituidora da sanção. Realmente, tendo-se a Fazenda Pública colocada como devedora e simultaneamente credora da multa, restaria inteiramente anulada a norma em questão.

Como assevera, com inteira propriedade, Leonardo José Carneiro da Cunha, a multa de que se cuida constitui crédito do Estado “porque o descumprimento dos deveres contidos no inciso V do art. 14 do CPC é tido como *ato atentatório à dignidade da jurisdição*, ofendendo, em última análise, a prestação da prestação jurisdicional, cujo atendimento compete

ao Estado preservar. Havendo ato atentatório à dignidade da jurisdição, o credor da multa é o próprio Estado, a quem compete tutelar e defender o interesse público primário, que é o interesse de toda a coletividade.”

Não é razoável, pois, sustentar-se, que sendo o Estado responsável pela prestação jurisdicional, cuja prestação lhe cabe preservar, tutelando e defendendo o interesse público primário, possa ele próprio, cometer um *ato atentatório à dignidade da jurisdição*. Quem comete esse ato na verdade é o servidor público que não está realmente preparado para o desempenho de suas atribuições em um Estado de Direito. A este, portanto, cabe suportar a sanção correspondente.

3. A MULTA COMO RECEITA PÚBLICA

A multa de que trata o parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, repita-se, não tem natureza indenizatória ou compensatória. Ela se destina simplesmente a desestimular a conduta das pessoas físicas ou naturais que atuam como parte, ou como órgãos de partes pessoas jurídicas. Seu objetivo essencial é a preservação da ordem jurídica, interesse essencial e primário do Estado.

Tramitando na Justiça Federal o processo, sede da decisão descumprida, a multa constitui receita da Fazenda Nacional. Tramitando o processo na Justiça Estadual, a multa será receita da Fazenda Estadual.

4. VALOR E EXIGIBILIDADE DA MULTA

O valor da multa deve ser fixado pelo juiz que a aplica, tendo como limite máximo vinte por cento do valor da causa. O juiz deve levar em consideração a gravidade da infração. Em outras palavras, nessa tarefa o juiz deve levar em consideração o grau da culpa e a intensidade do dolo.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora a lei não o determine expressamente o juiz deve considerar também a condição econômica daquele a quem aplica a multa, em especial o valor da remuneração por este percebida, bem como a importância político-administrativa das funções que exerce.

A multa deve ser paga no prazo para tanto fixado pelo Juiz, mas esse prazo só começa a correr *do trânsito em julgado da decisão final da causa*.

Assim, se a decisão cujo descumprimento motivou a aplicação da multa é objeto de recurso, o multado não pode ser compelido a fazer o correspondente pagamento. O prazo fixado para tanto pelo juiz só começa a correr na data em que transitar em julgado a decisão que não foi cumprida.

5. INSUBSISTÊNCIA DA MULTA COM A REFORMA DA DECISÃO DESCUMPRIDA

Questão das mais importantes consiste em saber se subsiste, ou não, a multa, uma vez reformada a decisão cujo descumprimento ensejou a sua aplicação. Pode-se sustentar que sim, porque o descumprimento, como ato ilícito que ensejou a sanção, deu-se quando a decisão estava operando os seus naturais efeitos. Caracterizado o descumprimento, a reforma da decisão descumprida apenas retiraria a norma de complementação da norma penal em branco.

Ocorre que o parágrafo único, do art. 14, do Código de Processo Civil, estabelece que a multa só se torna exigível com o trânsito em julgado da decisão final da causa. Assim, se a decisão final da causa torna insubsistente aquele provimento mandamental, seja ele inerente a uma decisão antecipatória ou final, cujo descumprimento ensejou a aplicação da multa, é razoável entender-se que a multa não subsiste. A não ser assim, não se justificaria estabelecer que o prazo para o seu pagamento começa da data em que transita em julgado a decisão final da causa.

Dir-se-á que essa interpretação amesquinha o poder coercitivo da multa, levando a parte a descumprir o provimento na esperança de que a decisão que ela tenta fazer valer seja a final reformada. E isto é verdade. Mas, a interpretação segundo a qual a multa subsiste mesmo quando reformada a decisão cujo descumprimento ensejou sua aplicação tem o grave defeito de estimular decisões arbitrárias, que não devem ser estimuladas porque o juiz é humano e como tal eventualmente pode abusar do seu poder.

A insubsistência da multa em face da reforma da decisão que ensejou sua aplicação na verdade pode estimular a parte à conduta desobediente. Essa desobediência, porém, será sempre responsável. Aplicada a multa, a parte saberá que se não a cumprir estará correndo o risco de, uma vez mantida a decisão, ser-lhe exigida a multa. Assim, é razoável admitir-se que só vai desobedecer ao provimento judicial se estiver sinceramente convencida de que o mesmo é ilegal e será reformado pela instância superior.

Podem também ocorrer situações nas quais, mesmo insubsistente a decisão final da causa na qual fora emitido um provimento anterior desobedecido, que ensejara aplicação da multa, seja razoável a subsistência desta, porque a reforma ou o anulamento da decisão final repouse em fundamentos que não invalidam o provimento desobedecido. E podem também ocorrer situações nas quais a decisão final na causa seja mantida, mas se tenha como insubsistentes as razões que levaram o juiz a aplicar a multa pelo descumprimento de provimento anterior. Assim, pensamos que a instância superior deve, sempre que tenha havido a aplicação da multa de que trata o parágrafo único, do art. 14, do Código de Processo Civil, manifestar-se sobre a mesma, mantendo ou afastando a multa em face das circunstâncias que até então se fizeram conhecidas nos autos.

Em qualquer hipótese a instância superior deve manifestar-se a respeito da subsistência, ou não, da multa em questão. No silêncio da instância superior, entende-se que subsiste a multa, posto que, tendo sido fixada em decisão expressa e específica do magistrado, o seu afastamento há de depender de decisão expressa da instância superior.

5.1.O Processo de Aplicação da Multa

5.1.1. Incidente processual

A multa deve ser aplicada mediante despacho do juiz, proferido nos autos do processo sede da decisão desobedecida. Esse despacho pode ser proferido de ofício, ou diante de provocação da parte interessada, e deve ser fundamentado. Nele o juiz deve indicar as razões pelas quais está convencido de se haver configurado o descumprimento de uma decisão mandamental, e de quem é o responsável por tal ilícito.

Pode também o juiz estabelecer desde logo, na decisão mandamental, a multa que será devido na hipótese de seu descumprimento. Talvez este seja o procedimento mais recomendável, pois funciona como advertência para que a pessoa responsável pelo cumprimento do mandamento judicial medite sobre sua responsabilidade. De todo modo, penso que será sempre necessário um despacho posterior, no qual o juiz vai afirmar configurado o descumprimento da decisão, consumada a imposição da multa e fixado o prazo para o seu pagamento

5.1.2. O direito de defesa contra a multa

Àquele contra quem seja aplicada a multa deve ser sempre garantido o direito de defesa, que há de ser exercido nos autos do processo sede da decisão descumprida, no prazo de cinco dias, salvo se o juiz fixar prazo maior. Penso que o juiz não pode fixar prazo inferior a cinco dias, que é o estabelecido em lei para os casos de omissão, mas pode fixar prazo maior, em benefício do interessado no exercício de seu direito de defesa.

É importante observar-se que o exercício do direito de defesa por quem tenha sido multado na condição de agente público exige advogado para esse fim constituído pelo interessado. A defesa, em tais casos, não pode ser feita pelo procurador da Fazenda, porque ele em tal caso estaria advogando contra a Fazenda, o que não lhe é legalmente permitido.

Em muitos casos pode ocorrer que a Fazenda, parte no processo, seja credora da multa. Em tais casos mais clara se mostra a incompatibilidade entre a função de procurador da Fazenda e advogado do agente público multado. O conflito entre o interesse da Fazenda Pública, credora da multa, e do agente público, devedor desta, estará muito claro.

CONCLUSÃO

O Art. 461, parágrafo 4º do CPC.

“Art. 461 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...).

§ 4º – O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

A Lei n. 8.952/94 deu nova redação ao *caput* do art. 461 e parágrafos, esses inspirados no art.84 do Código de Defesa do Consumidor.

Por visar, ao fim do processo, a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer,

claro está que se trata de ação de conhecimento condenatória.

Antes da criação do novo instituto, o inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer se resolviam em perdas e danos, caso não se sujeitasse o devedor ao cumprimento da obrigação objeto de contrato.

Com o surgimento do novo instituto processual da tutela específica, a regra da conversão da obrigação em perdas e danos antes adotada passou a constituir-se em exceção, assumindo a execução específica o papel de regra geral.

Pelo novo instituto é permitida a conversão da tutela específica em perdas e danos apenas no caso de haver pedido expresso do autor da demanda neste sentido ou de impossibilidade material da execução específica.

A fim de possibilitar o cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer, impedindo a sua conversão em perdas e danos, é dado ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária (*astreintes*) de valor elevado a fim de compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação acordada, concedendo-lhe, para isto, prazo razoável.

As *astreintes* podem ser fixadas ou alteradas tanto pelo juiz da ação de conhecimento quanto pelo da execução, caso se mostre necessária a sua instituição ou majoração ou diminuição, com o fito de dar efetividade à sua natureza inibitória. A alteração das *astreintes*, fixadas pelo juiz da ação de conhecimento, pelo juiz da execução, não se constitui em ofensa à coisa julgada, posto que decorre da aplicação à parte da sentença da cláusula *rebus sic stantibus*.

BIBLIOGRAFIA

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas” In: **Temas de Direito Processual**. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 31.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 76.

WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, apud **Reforma do Código de Processo Civil**, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.