

TUTELA ESPECIFICA E A MULTA DO §5º DO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Camila Fernanda Vanso POLIZELLO¹
Andressa Caroline Vanso POLIZELLO²

RESUMO: O artigo vem disseminar precisamente sobre a tutela específica e a multa do § 5º do artigo 461 do CPC, abordando temas polêmicos que envolvem esses dois temas, focando ao final sobre a prisão civil do inadimplente da obrigação de fazer, não fazer e dar coisa, e sua liberdade.

PALAVRAS CHAVE: Tutela Específica. Multa – *Astreintes*. Incidência e execução da multa. Poder do Juiz. Prisão civil e liberdade do devedor.

INTRODUÇÃO

Bem, partindo da premissa do referente artigo, devemos ponderar alguns conceitos ao longo do contexto para assim melhor compreendermos o que visa disseminar este artigo.

Senão, começamos pela leitura do artigo propriamente dito:

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

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Email: camiss.camila@hotmail.com.

² Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Email: dressa.polizello@hotmail.com.

adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

Com a leitura do artigo, nota-se que, a tutela de que trata o artigo 461 do CPC refere-se à chamada tutela específica, qual é voltada para as obrigações de fazer e não fazer.

Assim, nos recai muitas perguntas que são essenciais para diferenciar a tutela específica da tutela genérica, e, para melhor compreender os motivos que faz deste artigo um importante e notório instituto no direito processual civil.

Ainda, aprofundaremos para a multa de que trata o § 5º do referido artigo, e os aspectos polêmicos que o embasa, como, o poder estendido do judiciário de implantar medidas subjetivamente, a possibilidade de prisão civil legal para o sujeito descumpridor da obrigação e a polemica dos diversos entendimentos sobre o levantamento da *astreinte* antes do transito em julgado.

DESENVOLVIMENTO

Num breve momento histórico, o artigo 461 do CPC, é uma das maiores evoluções do ordenamento jurídico brasileiro, trazido para o Brasil por José Barbosa Moreira, qual justificou a tutela específica do tal artigo através do princípio da maior coincidência possível, pois para Barbosa Moreira, e para parte dos processualistas atualmente, a melhor solução para uma contenda processual de obrigação de dar e fazer ou não fazer, deve-se chegar o mais perto possível da reparação *in natura*, como se não houvesse ocorrido à transgressão.

Este artigo, quase que copiou integralmente o texto normativo do artigo 84 CDC, do qual foi de essencial importância para a tutela específica que hoje trata o direito processual civil.

Antigamente, antes do instituto da tutela específica, o juiz concedia somente perdas e danos como resposta para as tutelas antecipadas. Contudo, isso mudou com a vinda do direito patrimonial, que desde 1911 dizia que a tutela genérica nem sempre era suficiente. Mais tarde, surge então à tutela específica, com a Lei nº 8.952, de 1994, complementada pela lei 10.444 de 2002, qual inseriu o § 5º do artigo 461.

Já na década de 80, João Calvão da Silva, professor da Universidade de Coimbra criticava a expressão “*tudo se pode fazer, quando tudo se pode pagar*”, sendo a reparação pecuniária insuficiente como decisão. Ele já dizia, que o dinheiro, nem tudo paga.

Senão vejamos um breve conceito de tutela específica:

“Tutela específica é a proteção de urgência dada pelo estado juiz, que, assegura precisamente, in natura, o direito violado, qual se contrapõe com a tutela genérica que a proteção dada e assegura o equivalente em dinheiro.”³

Tutela específica é, tal como a tutela genérica (artigo 273 CPC), uma medida de exceção do processo jurisdicional, qual o juiz, a requerimento da parte, ou ainda podendo agir *ex officio* concede a tutela antecipada à parte beneficiada.

No entanto, difere as duas tutelas, que, a tutela específica discriminada no texto normativo do artigo 461 do Código de Processo Civil, é voltada tão somente para as obrigações de fazer e não fazer, sendo então aplicadas quando uma obrigação compactuada é descumprida, no qual, a tutela pedida não é uma indenização pelo descumprimento, mas sim que a obrigação seja cumprida, ou seja, pede-se a liminar para cumprimento *in natura* da obrigação descumprida.

É cediço ressaltar que a tutela específica a partir de 2002, estendeu-se também às obrigações de dar coisa, cabendo liminar do artigo 461 quando a obrigações de dar coisas, também não forem cumpridas.

As obrigações de fazer são aquelas que se materializam no dever que o devedor tem de exercer determinada conduta, ou seja, desenvolver determinado trabalho físico ou intelectual, de prestar um serviço em favor do credor.

³ Conceito tirado de aulas expositivas de processo civil do 7º termo de 2012, da Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

Já as obrigações de não-fazer - *obligatio non faciendi* - entende-se aquelas prestações negativas, ou seja, as que exigem do devedor um comportamento omissivo, sob pena de inadimplemento da mesma. É, em verdade uma abstenção imposta ao devedor.

A tutela específica veio resolver esse impasse de que, quando houvesse um descumprimento de alguma obrigação, a resolução era em perdas e danos. O legislador criou esta liminar para que forçasse o inadimplente a cumprir com a obrigação, e não que pagasse com dinheiro.

Então a tutela que se infere no artigo 461, é pura e simplesmente para às obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, visando à reparação do dano, e não uma reparação pecuniária que é instituto da tutela genérica.

Comece a escrever aqui. A formatação já está pronta. É só ir substituindo o texto e ler as informações a seguir.

Fazer o desenvolvimento do artigo. O desenvolvimento poderá ser dividido em seções secundárias e terciárias.

2.1 Da tutela específica e do § 5º do artigo 461 do cpc

Devemos ponderar algumas situações importantes, como, quem estabelece o tipo de tutela é a própria lei, embasada pelo direito civil material, e, não pelo processo civil, intermediando com o princípio da adequação qual associa à tutela cabível no caso concreto. A natureza da tutela específica pode ser, puramente específica, mandamental, condenatória e executiva *lato sensu*, ainda, ela pode ainda vir sozinha ou junto com a tutela genérica.

Nota-se que o novel Art. 461 veio determinar uma nova preferência na efetivação das sentenças quando expandiu o instituto da tutela específica, qual, no mais das vezes, busca-se por esta a reparação *in natura*, o *status quo ante* do

prejuízo causado a outra parte, ou ainda, busca-se o mais próximo do *in natura*, que é o resultado pratico equivalente, ou chamada de sub-rogação, em que, não conseguindo a proteção integral do direito violado, poder-se-á conseguir um resultado mais próximo, ou seja, equivalente ao *status quo* ante ao dano, sendo possível, a implantação de multa, cumulada com a determinação judicial designada à tutela específica, multa esta, prevista no mesmo § 5º, qual ficou conhecida como “*astreintes*” – do latim *ad stringere*, sendo sua finalidade, de coagir e atingir o patrimônio do devedor. Por ultimo, como medida de extrema exceção e “alternativamente”, resolver-se-á em perdas e danos o direito material violado – é o que alude o paragrafo primeiro do então artigo: **§ 1º** - *A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível à tutela específica ou a obtenção do resultado práctico correspondente.*

A multa do §5º do artigo 461, bendizendo, conhecida por “*astreintes*”, é espécie de multa pecuniária, contudo, tem natureza cominatória. Ela representa um meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do inadimplente, afim, de que ele cumpra o mandamento jurisdicional, podendo de sujeitar à multa diária (como argui o §4º do artigo), ou apenas, a uma multa fixa e direta, sem a incidência de tempo para a sujeição. Este tipo de ato do jurisdicionante é um típico mecanismo de preservação do próprio estado juiz, de molde a constranger o devedor para que satisfaça a obrigação, induzindo-o, por ato plenamente exacto, a cumprir a prestação devida, sob pena de sofrer as consequências do inadimplemento sentencial.

O valor da multa deverá ser fixado como mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, em um quantum razoável, embasado sempre no principio da proporcionalidade e em consonância as submáximas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, objetivando abalar o réu a cumprir a obrigação e atender a ordem judicial, ressaltando que não pode ser um quantum muito alto, para não causar enriquecimento ilícito do credor.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁴, sobre o tema, professoram:

“Pena pecuniária (astreintes). Não há limites para a fixação da multa, e sua imposição deve ser em valor elevado, para que iniba o devedor com intenção de descumprir a obrigação. O objetivo precípua das astreintes é compelir o devedor a cumprir a obrigação e sensibiliza-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a pena pecuniária. A limitação da multa nada tem a ver com enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório. Contudo, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência entende que ela não pode ultrapassar o valor da causa, porque isto poderia significar enriquecimento injusto do credor. Há entendimento no sentido de que, para sua fixação, deve-se aplicar, por analogia, o CC 920”.

Sendo a decisão inibitória mandamental ou executiva lato sensu, o montante atribuído poderá ser aumentado ou diminuído pelo juiz a qualquer tempo, verificando que se tornou insuficiente ou excessivo (CPC, art. 461, §6º), podendo sempre ao sujeito aderir grau de jurisdição superior, quando se verificarem distorções.

Assim, havendo mudança na situação fática, o valor da multa poderá ser alterado, independentemente de provocação da parte interessada, para que melhor se adapte ao novo contexto do litígio e surta os seus efeitos inibitórios, sem que se tenha por violada a coisa julgada, em face do princípio *rebus sic stantibus*

⁴ Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 851.

(enquanto assim as coisas permanecerem) em vista do valor da multa diária, ou ainda em face do que dispõe o artigo 471 do CPC.

Ora, se a imposição da multa independe de pleito do autor, posto que, o juiz pode agir *ex officio*, igualmente a revisão de seu valor poderá ser procedida como o mesmo, sempre para adequá-la aos parâmetros de suficiência e compatibilidade, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Se diminuída a multa em virtude de alteração dos fatos concretos, o novo valor incidirá a partir desses fatos que ensejaram a mudança. Mas, se houver aumento do montante fixado, esse incidirá a partir da comunicação ao réu, para fins de coagir mais ainda ao cumprimento da obrigação, pois o valor anteriormente fixado não resolveu a contenda.

Nos termos do artigo 461, §4º, o juiz estabelece um prazo razoável para cumprimento da obrigação, logo, decorrido o prazo concedido, passa-se então a incidir a *astreintes*.

A respeito do período de incidência da multa, nota-se uma grande polemica na doutrina e jurisprudência a respeito do tempo que a multa incide no processo e o momento que ela pode ser arguida, se ao final do processo ou no meio do processo com a decisão interlocutória que concedeu a liminar como meio executório.

Assim, tem-se o seguinte julgado, que entende da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ASTREINTE – PRECEITO COMINATÓRIO – TUTELA ANTECIPATÓRIA – MULTA COMINATÓRIA – DIAS A QUO DE EXIGIBILIDADE A PARTIR DO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM LIMINAR – EXECUÇÃO APÓS TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – Recurso provido. Multa cominatória. Em ação de conhecimento de obrigação de fazer, admite-se tutela antecipatória e o preceito cominatório, fixando-se a multa que tem função de astreinte, mas só pode ser

exigida após trânsito em julgado da sentença, embora com incidência a partir da data de descumprimento da ordem, mesmo que liminar. (TAPR – AI – 150993700 – (12716) – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Conv. Jurandyr Souza Júnior – DJPR 19.05.2000).

No entendimento do Tribunal do Paraná, fixada a multa nos casos de descumprimento de obrigação de fazer, determinada em sede de liminar, a sua incidência tem como termo *a quo* aquele fixado na decisão do juiz, voltado sempre para o princípio da proporcionalidade e da justiça, afim de evitar incidências viciosas, mas sendo sempre possível a sua exigência no processo, mesmo havendo o cumprimento da obrigação, se houve a aplicação da *astreintes*, esta poderá ser exigível.

No entanto, tratando-se de multa estabelecida em decisão antecipatória, cuja finalidade é a provisoriedade, somente pode ser exigida judicialmente após a decisão definitiva, ou seja, após trânsito em julgado.

Segue desta mesma forma o entendimento do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni:

*“Note-se que se a multa não foi suficiente para convencer o réu a adimplir, ela poderá ser cobrada independentemente do valor devido em face da prestação inadimplida e do eventual dano provocado pela falta do adimplemento na forma específica e no prazo convencionado; se a multa acaba levando ao adimplemento, é possível cumular-se a multa com indenização pelo eventual dano provocado pela mora do demandado”.*⁵

Marinoni ressalta a questão da execução da multa, em que, uma das características principais da decisão que fixa as *astreintes* é a de sua instauração no mesmo processo em que foi proferida, ou seja, uma vez transitada em julgado à decisão que a fixou, não há a necessidade da propositura de uma execução

⁵ “Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)”, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 172.

autônoma. Sendo concedido o provimento inibitório, a sua execução instaura-se automaticamente com a aplicação da multa cominatória imposta na própria decisão.

Outro tanto, é de se questionar, acerca da exigibilidade e possibilidade de cobrança da multa antes do trânsito em julgado da sentença que a fixou, dando-se assim efetividade ao recebimento dos valores respectivos e verdadeiramente compelindo o réu ao cumprimento da obrigação da qual derivou a cominação das *astreintes*.

Destarte, o artigo 461 do CPC silencia sobre o momento a partir do qual possa ser cobrada a multa, divergindo a respeito a doutrina como citados abaixo diversos entendimentos.

Para Arruda Alvim, apesar de a multa incidir a partir do momento em que a ordem judicial, seja liminar ou definitiva, sendo esta violada, ela só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão de mérito de procedência, *ex vi* o que dispõem os artigos 12, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), aplicável a todas as ações coletivas, e art. 213, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, tais normas devem ser interpretadas restritivamente, *“não se podendo dar a elas aplicação extensiva, porque estão disciplinadas em leis especiais, que não podem se sobrepor às normas gerais (Código de Processo Civil) para limitar o alcance e efetividade de seus preceitos”*.⁶

Já para Eduardo Talamini, em uma postura mais liberal, preconiza que o valor da multa é exigível a partir da eficácia da ordem judicial, mas que a execução deve ser provisória (art. 588, CPC), tendo-se em vista a provisoriedade da decisão judicial que a impôs.⁷

Outro entendimento, similar ao de Arruda Alvim, é de Luiz Guilherme Marinoni, sobre a possibilidade de execução provisória da multa, dispõe:

⁶ ALVIM, Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual, p. 120, apud Ação Inibitória, (...), p. 185.

⁷ Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela *ex vi* do artigo 461, § 3º, do CPC, Aspectos polêmicos e atuais da antecipação da tutela, p. 158-159.

“É preciso distinguir o momento a partir do qual a multa torna-se eficaz do momento a partir do qual ela pode ser cobrada.

Não é difícil tratar da primeira dessas questões. A decisão que concede a tutela antecipatória, em razão de sua própria natureza, produz efeitos imediatamente, motivo pelo qual a multa que lhe é atrelada também passa a operar de imediato; interposto recurso de agravo o tribunal pode lhe “atribuir efeito suspensivo” (arts. 527, II, e 558 do CPC), quando evidentemente a multa também deixará de atuar.

Fixada a multa na sentença, três são as hipóteses que podem ocorrer: i) a sentença não é impugnada através de recurso, quando a sentença e a multa passam a produzir efeitos após escoado o prazo recursal; ii) a sentença é impugnada através de recurso de apelação recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, e a sentença e a multa permanecem sem produzir qualquer efeito; e iii) a sentença é impugnada através de recurso recebido apenas no efeito devolutivo – o que, é importante lembrar, é a regra na ação civil pública, em vista do que dispõe o art. 14 da Lei 7347/85 -, quando a sentença e a multa passam a produzir efeitos imediatamente”.⁸

Desta forma, além de defender a impossibilidade de manutenção da multa em caso de improcedência da ação, também se posiciona no sentido de que a multa não poderá ser executada provisoriamente, restando a ser cobrada se, confirmada posteriormente por sentença transita em julgado.

Não menos importante, divergindo de Luiz Guilherme Marinoni e Arruda Alvim, entende Joaquim Felipe Spadoni ser possível a execução da multa antes do trânsito em julgado, visto que, a finalidade da multa é de coagir imediatamente o devedor a cumprir determinada obrigação, sob pena de perda

⁸ “Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)”, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 181.

patrimonial, sendo então, possível a execução da decisão interlocutória, pois se o contrario fosse, o devedor deixaria a multa correr, devido que esta, somente seria cobrada ao final do processo se procedente a ação, e enquanto o processo demora a ser julgado, ele se isenta de qualquer sanção, sendo assim, muito mais vantajoso para o devedor. É, então o posicionamento de Joaquim Felipe Spadoni:

“(...) A segunda ordem de considerações que também nos faz pensar ser desnecessário o trânsito em julgado da decisão de procedência leva em conta que não se pode deixar de ter em vista que a multa cominatória é medida coercitiva, destinada a dar maior efetividade ao processo. Por isso, ela realmente deve dispor de poder de coerção, que influencie o réu a cumprir imediatamente o que o juiz determina. Para tanto, seu poder coercitivo deve ser atual e certo, para que o réu se conscientize que de seu ato transgressor realmente advirão determinadas conseqüências, e em espaço breve de tempo.

Uma vez admitindo que a multa só pode ser cobrada após o trânsito em julgado da decisão de procedência, dá-se à multa cominatória um poder de coerção debilitado, que não será atual e certo, mas sim futuro e incerto.

Ciente de que a pena pecuniária a que estará submetido só poderá ser cobrada após o longo período de tramitação do processo, e apenas se a decisão definitiva for de procedência, o réu pode entender ser mais vantajoso descumprir agora o preceito judicial e disso tirar lucros e proveitos certos e atuais, e assumir o risco de posteriormente ser obrigado a pagar a multa determinada”.⁹

Nota-se que, dentre as diversas opiniões dos doutrinadores, que nenhuma é adotada como entendimento majoritário, porem, os tribunais e muitos

⁹ Em sentido análogo, Barbosa Moreira, A tutela específica do credor nas obrigações negativas, *Revista Brasileira de Direito Processual* 20, p. 73.

doutrinadores tem acatado que a multa somente poderá ser arguida com trânsito em julgado da lide.

Contudo, dentro daquela visão de que é o credor que sempre tem que perder, seria passível haver a execução provisória da multa do §5º do artigo 461, no entanto, o autor deverá prestar caução para o levantamento da *astreintes*, afim de evitar graves danos ao inadimplente, pois o objetivo primordial é que este cumpra a obrigação inadimplida.

Assim, seria justo e possível, que o credor tenha a opção de executar a multa antes ou após o trânsito em julgado, posto que, o prejudicado maior da contenda será eternamente o próprio credor da ação, que teve todo o desgaste processual para conseguir uma solução jurisdicional de uma obrigação que o devedor se recusou em fazer.

2.1.1 Poder discricionário, prisão civil e a liberdade do inadimplente nas hipóteses do artigo 461 do CPC

Adiante, passou o Estado a ter à sua disposição um instrumento que lhe conferiu poder para tomar as *medidas necessárias*, aquelas mais adequadas para que, melhor aprouverem ao processo a fim de promover a entrega ao jurisdicionado da tutela específica. Neste dispositivo, o legislador elencou várias hipóteses de atuação do Estado-Juiz, mas, sabe-se desde já, que não é uma norma taxativa, mas sim exemplificativa, em que o magistrado dentro de todas as possibilidades legais, bem como de justiça poderá aplicar dentro do princípio da razoabilidade, medida aquém daquelas do § 5º.

É partindo dessa faculdade do juiz e de seu poder discricionário que surge as duas grandes polemias: é possível o juiz dentro do seu *potesta* conferido pelo Estado, determinar prisão preventiva como medida necessária da tutela específica e restringindo o devedor a liberdade?

De antemão, todos diríamos que não, devido o que dispõe o art. 5º, inciso LVXII, da CF, que veda a prisão por dívida, assim determinando: “*não haverá*

prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, além do Pacto de San José da Costa Rica, que ainda mais benéfico, admite tão somente a prisão alimentícia.

Porem, não podemos partir somente pela premissa do principio da liberdade – direito fundamental de todo e qualquer cidadão – mas devemos pensar nos atos da pessoa inadimplente, em que a finalidade da prisão civil é buscar pela *ultima ratio*, coagindo o devedor, visando atingir não o devedor, mas sim o seu descumprimento da obrigação, o prejuízo que o devedor causara e que mesmo com a imposição da tutela específica e uma medida mais branda de inicio, este descumpriu a ordem judicial, e após esgotadas todas as tentativas que traz § 5º do artigo 461, que visa primordialmente o cumprimento da obrigação *in natura*, far-se-á então necessária a decretação da prisão civil, bendizendo, para coagir, forçar o devedor a pagar o que deve. Afinal, não é justo que o credor sempre saia prejudicado, este que confiou no devedor e teve sua confiança dilacerada, e ainda saia este extirpado de ver seu direito violado, sem que seja cumprida a obrigação outrora acordada.

Algo que deve ser arguido é a interpretação extensiva que traz o texto do artigo 5º, inciso LVXII, da CF. Menção se faz na palavra “dívida” do texto normativo, visto que, a relação que se faz da prisão civil é no que tange a dívida, ou seja, a um dever pecuniário que não fora pago, daí há que se falar em prisão civil. Outrora, o que se trata no caso do artigo 461, § 5º é quanto ao descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, em que nada menciona no artigo 5º da CF.

O que a Constituição proíbe é a pena de prisão pelo não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão por descumprimento de obrigação, que tem como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se desvirtue à entrega dele.

Senão vejamos um trecho do que relata o Ilustre Pontes de Miranda:

“A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam de dívidas no sentido estrito (e.g., depósito, comodato, fidúcia real), nem de multas ou de custas.” (Miranda, Pontes de-Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII: arts. 796-889, p. 326, Rio de Janeiro, Forense, 2003 -2ª Edição.)

Reforçando ainda, à ideia do juriconsulto e processualista Fredie Didier Jr., entende que o que a constituição veda é a prisão civil por dívida patrimonial, como é o caso da pensão alimentícia, não necessariamente de conteúdo pecuniário. Uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro de conteúdo patrimonial não pode ser efetivada por prisão civil, de regra. Cabe, em tese, prisão civil como medida atípica para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não-patrimonial.

Também, nos ensinamentos do mais contemporâneo Luiz Guilherme Marinoni, o qual entende ser constitucional a prisão civil por descumprimento das obrigações de fazer e, não fazer e de entregar coisa diversa de dinheiro, sob o argumento: *“autorização legal para o uso da prisão como meio de execução está no art. 461,§5º, do Código de Processo Civil e no art. 84,§5º do Código de Defesa do Consumidor. Tais normas conferem ao juiz o poder para utilizar o meio jurídico “necessário” a cada caso conflitivo concreto. Tais normas são claras em autorizar o uso do meio executivo não expressamente tipificado na lei, permitindo que o juiz identifique o meio de execução “necessário”, justificando a oportunidade para a sua utilização diante das particularidades do caso concreto e da insuficiência das demais modalidades de execução para dar efetividades da decisão.”*¹⁰

No mais, o processualista aduz: *“não mais vigora o princípio da tipicidade dos meios executivos, que supunha que os meios de execução, para serem utilizados, deveriam estar expressamente previstos em lei. Atualmente,*

¹⁰ CÂMARA, Lineares de novo processo civil, p. 75.

presente, o princípio da concentração dos poderes de execução, já que ao juiz foi outorgada ampla latitude de poder destinada à determinação da modalidade executiva adequada ao caso concreto”.

Devemos ponderar que a prisão civil não é para a toda e qualquer pessoa, mas sim para os atos reprobatórios de um inadimplente, este que é o devedor que, após a condenação não cumpriu voluntariamente a ordem judicial, não se intimidou com a multa cominada ou com os outros meios previstos no Art. 461, CPC, utilizados pelo Estado-Juiz na busca pacífica da efetividade da tutela.

Sendo assim, aquele que não cumpre a decisão judicial está afrontando toda a comunidade e desrespeitando o Estado Democrático de Direito, e se o Estado Juiz permanecer inerte dentro desses descumprimentos legais haverá uma alarmada “infecção” de insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

Importando à ideia da prisão civil e dos princípios, de que, não existe sequer alguma hierarquia entre os princípios constitucionais, havendo conflitos entre eles, deve-se aplicar o princípio mais adequado, necessário e proporcional ao caso concreto, aproximando a interpretação do texto constitucional e infraconstitucional na concepção de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

É infame pensar que deverá prevalecer o direito à liberdade daquele que, por sua ação positiva ou omissiva, que descumpriu ou deixou de fazer sua obrigação como deixar de entregar o remédio ao convalescente - credor, não internar o doente – credor - na vaga da UTI, descumprir ordem judicial que determina fazer uma cirurgia sem a qual o paciente - credor - provavelmente perecerá? Ou ainda pode o poluidor do meio ambiente – devedor -, deixar de cumprir a ordem democrática e legal para instalar mecanismos de filtragem nas suas instalações fabris, sem as quais centenas, ou quiçá milhares, de outras pessoas (credores), correm o risco de serem contaminadas pelo produto de sua indústria? - Estes são alguns dos exemplos que a melhor doutrina nos leciona.

Diante de tantos conflitos, qual seria o bem jurídico mais importante nestes casos: à vida, a democracia, a dignidade da justiça, o direito à efetividade da tutela jurisdicional ou a liberdade do devedor?

Assim, devemos partir do não mais importante, mais tão quanto importante aos demais princípios que vige em nosso ordenamento, que é o princípio da proporcionalidade, chega-se logo à conclusão que os bens jurídicos vida e democracia, neste caso, tem prevalência sobre o bem jurídico liberdade, uma vez que a dignidade da pessoa do credor está sendo atacada pela ação obstativa do devedor em descumprir por todas as vezes ordem judicial à ele incumbida. O Estado Democrático de Direito não age em desigualar e prejudicar o inadimplente quando da prisão civil, ora, pelo contrario, pois por toda a instrução da ação processual o Estado juiz tentou por evitar a prisão civil do devedor, mas obstante e esgotadas todas as tentativas de evitar a *ultima ratio*, não houve outra alternativa que além desta.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o estudo deste instituto é muito amplo, mas por hora, sabe-se que a tutela especifica hoje, tem total importância no ordenamento jurídico brasileiro, surgindo para equilibrar as tutelas antecipadas, sendo esta voltada para as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa.

Posto isto, a multa do § 5º do artigo 461 do CPC, teve também um grande marco com o surgimento da *astreintes*, sendo um meio de coação para o cumprimento das obrigações inadimplidas por determinação judicial, demonstrou-se eficaz para fins de cumprimento de decisões judiciais referentes a tutela, mas também, trouxe polemicas distorcidas voltadas ao limite de sua incidência, seu momento de contagem e sua execução, resolvendo-se pelos entendimentos jurisprudências e doutrinários.

Finalmente, a prisão civil do indivíduo que propositalmente descumpre a obrigação determinada pelo órgão jurisdicional competente é consideravelmente

relevante, posto que, além de plenos poderes para exercer medidas fora das disseminadas no referido artigo, depois de tentado todos os meios anteriormente eficazes para o cumprimento da obrigação, é possível, como medida da mais alta justiça dentro do ordenamento constitucional e processual civil, como um instituto legítimo e eficaz do Estado Juiz na busca do cumprimento da obrigação *in natura*, através da tutela específica, materializado no disposto do § 5º do art. 461, CPC, a concessão da prisão civil para o inadimplente das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/326-clausulageralcpc.html>.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, CPC, art. 461; CDC, art. 84. Editora: Revista dos tribunais. (tópico 10º).

ALVIM, Eduardo Arruda e, ALVIM, Thereza. Atualidades do Processo Civil, Cumprimento de sentença, execução e temas correlatos. V II.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Especifica, arts. 461, CPC e 84, CDC.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e execução da sentença, sob a ótica d formalismo-valorativo. Livraria do advogado - editora.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21175748/recurso-civel-71003168457-rs-tjrs/inteiro-teor>.