

HORIZONTES DA PRISÃO CIVIL NAS TUTELAS DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA CERTA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: *esvaziamento ante a Súmula Vinculante 25/STF?*

HORIZONTES DE LA PRISION CIVIL EN LAS TUTELAS DE LAS OBLIGACIONES DE HACER, NO HACER Y ENTREGA DE COSA CIERTA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILENO: *vaciedad a la vista del precedente vinculante 25 del Supremo Tribunal Federal Brasileño?*

Peterson Zacarella ¹

Mônica Bonetti Couto ²

RESUMO: O presente estudo analisa o cabimento da prisão civil enquanto meio processual coercitivo atípico para ensejar o cumprimento das tutelas específicas nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, previstas nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil brasileiro. Analisa-se a sua subsistência após a jurisprudência dos Tribunais Superiores que culminou com a edição da Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal, afastando a incidência da prisão civil do depositário infiel ou, como preferem outros, a chamada “prisão civil por dívida”, excetuada a do devedor de alimentos. Com base no estudo da doutrina e da legislação de regência, busca-se com este trabalho demonstrar que ainda há campo para – em hipóteses excepcionais, é verdade – utilizar-se da prisão civil como meio idôneo, razoável e, por vezes, até mesmo necessário à obtenção e efetivação das tutelas jurisdicionais. O estudo enfrenta questões polêmicas e de aparente conflito entre direitos igualmente fundamentais, como, por exemplo, de um lado se garantir a liberdade e a dignidade da pessoa humana do devedor recalcitrante e, de outro, proporcionar ao credor a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, útil e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão civil – Obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa – Súmula vinculante/STF 25

RESUMEN: Este estudio examina la idoneidad de la prisión civil como remedio atípico coercitivo para dar lugar al cumplimiento de las obligaciones específicas de tutela de hacer, no hacer o entrega de algo, contenida en los artículos 461 y 461-A del Código de Procedimiento Civil brasileño. Analizamos sus medios de subsistencia después de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, que culminó con la promulgación del precedente vinculante (‘Sumula Vinculante’) de número 25 de la Corte Suprema, que elimina la incidencia de la prisión civil de un administrador infiel o, como otros prefieren llamar “prisión

¹ Mestrando em Direito pela UNINOVE.

² Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE (Justiça, Empresa e Sustentabilidade), na Linha de Pesquisa “Justiça e [o Paradigma] da Eficiência”. Integra o Grupo de Pesquisa/CNPQ “Reforma e Inovação do Poder Judiciário”.

civil por deudas", excepto para los casos de alimentos. Basándose en el estudio de la doctrina y la legislación vigente, se busca trabajar y defender que hay motivos para - en circunstancias excepcionales, es cierto – utilizar-se la prisión civil como un medio adecuado, razonable e incluso a veces necesario para alcanzar y la eficacia de la tutela judicial. El estudio plantea cuestiones polémicas y conflictos aparentes entre los derechos fundamentales también, por ejemplo, de un lado para asegurar la libertad y la dignidad de la persona humana y el deudor recalcitrante, por otro, proporcionar al acreedor para proporcionar protección legal adecuada, útil y eficaz.

PALABRAS-CLAVE: Prisión civil - Obligaciones específicas de tutela de hacer, no hacer o entrega de algo cierto - Sumula Vinculante 25/STF

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. Premissas necessárias acerca da tutela executiva: 1.1. Da crise de adimplemento das obrigações; 1.2. Dos mecanismos coercitivos e sub-rogatórios. 2. Da primazia da tutela específica e da obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação; 2.1. Das medidas de apoio autorizadas pelo artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil e outras peculiaridades sobre este artigo de lei; 2.2. Da ausência de hierarquia entre as medidas de apoio; 2.3. Do Controle do Poder Executivo do Juiz. 3. Da possibilidade da prisão civil nas obrigações de entrega de coisa diversa de dinheiro; 3.1. A utilização da prisão civil e a Constituição Federal – choque de valores ou apenas uma questão de interpretação sistemática?; 3.2. Da *contempt of court* como justificativa à efetivação da prisão; 3.3. A Súmula Vinculante 25/STF e [o esvaziamento d]a possibilidade de prisão, nas hipóteses de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa - A necessidade da utilização do *distinguishing*. **CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma breve incursão em torno de questão bastante intrincada, consistente na possibilidade da ‘prisão civil’ – enquanto meio processual coercitivo atípico para a obtenção das tutelas específicas ou para assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento da prestação –, ainda hoje, nas hipóteses de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, previstas no artigo 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

A discussão acerca da possibilidade de aplicação da prisão civil no campo do processo civil é deveras controvertida, não só em face do que dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal³, mas, sobretudo, pelo entendimento cristalizado no Supremo

³ Onde se lê: “Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

Tribunal Federal – STF (Súmula Vinculante n. 25), no sentido da impossibilidade da prisão civil do *depositário infiel*.

Não nos furtamos, no presente trabalho, ao enfrentamento de questões polêmicas e aparentemente conflitantes como, por exemplo, de um lado se garantir a liberdade e a dignidade da pessoa humana do devedor recalcitrante e, de outro, proporcionar ao credor a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, útil e eficaz. Os limites deste trabalho e o recorte metodológico aqui feito, porém, impõem o exame destes tópicos – porque sua escorreita compreensão constitui premissa para seguirmos em frente – de maneira algo superficial.

Importante notar, como premissa para o desenvolvimento deste estudo, que na oportunidade em que o Estado proibiu a autotutela, trazendo para si a tarefa de dizer e realizar o direito atraiu igualmente para si “o dever de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas”.⁴

Como é cediço, com o amadurecimento dos institutos jurídicos, já não basta apenas uma resposta formal do Estado para as diversas situações jurídicas que lhes são submetidas, mas, antes, a prestação de uma tutela *adequada, útil e eficaz*, ou, como foi muito bem observado por Jesús González Pérez⁵:

A justa paz da comunidade só é possível na medida em que o Estado é capaz de criar instrumentos adequados e eficazes para satisfazer as pretensões que a ele se formulam. Pois se os anseios de Justiça que todo homem carrega no mais íntimo de seu ser não encontram satisfação nos meios pacíficos instaurados pelo Estado, por mais forte e brutal que seja a máquina repressiva, eles desbordarão para uma busca desesperada de justiça, atuada pela autodefesa.

Em outras palavras, a falta de efetividade e adequação da prestação jurisdicional para compor o litígio de forma justa, representa sério risco à legitimação do próprio Poder Judiciário, vez que, neste ambiente, a ordem social e a soberania estariam ameaçadas, representando denegação da justiça a quem lhe faça jus.

Assim, temos que a tutela a ser concedida pelo Poder Judiciário deve se aproximar, tanto quanto possível, do resultado que seria obtido se acaso cumprida espontaneamente a obrigação reclamada.

Nesta esteira, este estudo centrar-se-á fundamentalmente no exame do *futuro* da prisão civil, aqui tida por instrumento legítimo (e constitucional, como se verá) para, em

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *Temas de Direito Processual*. 2.^a Edição, São Paulo: Saraiva. 1980, p. 21.

⁵ PÉREZ, Jesús González. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 2.^a Ed. Madri: Civitas. 1989, p. 21.

casos extremos, servir de coerção ao cumprimento de determinadas tutelas específicas ou à obtenção do resultado prático equivalente, em face do entendimento firmado pelo STF, quanto ao fim da prisão civil do depositário infiel (Súmula Vinculante n. 25).

Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, este artigo será realizado com base na pesquisa bibliográfica, servindo-se, fundamentalmente, do método hipotético-dedutivo.

1. Premissas necessárias acerca da tutela executiva

Antes de passarmos ao estudo acerca do cabimento da prisão civil, nos moldes aqui propostos, parece fundamental estabelecer alguns esclarecimentos que relacionam intimamente com as questões aqui postas e, portanto, que influirão diretamente nas conclusões a serem firmadas.

1.1. Da crise de adimplemento das obrigações

É livre de dúvidas que o direito processual civil oferece aos jurisdicionados um conjunto de técnicas tendentes a solucionar as diversas crises jurídicas que chegam ao Poder Judiciário, visando, em última análise, o desiderato da tão almejada pacificação social. De igual forma os conflitos de interesses que reclamam um método adequado à sua solução podem ser resumidos e organizados em *crises de certeza jurídica*, *crises de situação jurídica* e *crises de adimplemento*.

Quanto às chamadas *crises de certeza*, estas são debeladas mediante provimentos judiciais que ofertam uma certeza jurídica, através de provimentos declaratórios. As chamadas *crises de situação jurídica*, onde se reclama uma nova situação jurídica prevista no direito material, encontram guarida nos provimentos ditos constitutivos, aptos a extinguir, modificar ou criar uma nova situação jurídica.

Por fim, a que nos interessa nesse momento, são as chamadas *crises de adimplemento*, também conhecidas como *crises de descumprimento*, cuja solução, a rigor, não pode ser outra senão o próprio adimplemento ou cumprimento da obrigação reclamada. Segundo Marcelo Abelha Rodrigues⁶, apresenta-se para pacificação desta crise de

⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4.^a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 39-40.

adimplemento diversos tipos de provimentos que variarão conforme a situação jurídica subjetiva descumprida, a saber:

(...) deve-se averiguar e verificar se se trata de um dever de fazer ou não fazer, ou de uma obrigação de entrega de coisa, ou se já existe ou não a situação declarada (título executivo) etc. Dependendo então da situação jurídica subjetiva descumprida (inadimplida), o sistema processual oferece diferentes técnicas executivas sub-rogatórias e/ou coercitivas com vistas a satisfação do provimento judicial (ou do título executivo extrajudicial) que impõe a realização de uma prestação. Cada tipo de técnica mencionada guarda peculiaridade em relação ao direito envolvido, existindo procedimentos típicos e atípicos para a sua aplicação. Fala-se em provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* para caracterizar aqueles em que o juiz expede ordens coercitivas e sub-rogatórias, respectivamente, que tendem a ser cumpridas no próprio processo de onde emanaram, sem hiato temporal e procedimental entre a revelação e a satisfação da norma jurídica concreta (provimento judicial). Exemplo clássico dessas técnicas está no art. 461, § 5º, do CPC.

1.2. Dos mecanismos coercitivos e sub-rogatórios

A execução, como se sabe, pode ocorrer com ou sem a participação do executado. Em alguns casos, o magistrado, a fim de efetivar a prestação devida, prescinde da colaboração do executado, tomando as providências necessárias que, *a priori*, deveriam ser adotadas pelo próprio devedor, sub-rogando-se na sua posição e substituindo-o em sua conduta. Tal fenômeno é chamado de “execução direta” ou, ainda, de “medidas sub-rogatórias”.

Em outras situações, porém, verifica-se que a utilização da execução direta (ou sub-rogatória) senão impossível (como nos casos de obrigações infungíveis e/ou personalíssimas), torna-se deveras difícil, onerosa ou demorada (prestações de fazer fungíveis). Nestas hipóteses, o Estado-Juiz necessita da “colaboração” do executado, forçando-o para que ele próprio cumpra a prestação a que se comprometeu, utilizando-se, para tanto, de técnicas de coerção indireta (medidas de apoio) tendentes a influir diretamente na vontade do obrigado, servindo de estímulo ao cumprimento da prestação devida.

Conforme explicita Fredie Didier Jr.⁷, “esta coerção pode se dar por medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, as chamadas sanções premiaias, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandato monitório.”

⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. Bahia: Editora Jus Podium. 2009. p. 203.

A este tipo de tutela executiva dá-se, pois, o nome de “execução indireta” ou “execução por coerção”.

2. Da primazia da tutela específica e da obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação

De início, cumpre destacar que Araken de Assis⁸ insere a primazia da tutela específica, embora a ele se refira com nome de *princípio do resultado*, como um princípio típico executivo, conceituando-o como sendo “o conjunto de meios executórios (...), que tem o único objetivo de satisfazer o credor. Toda execução, portanto, há de ser específica.”

Consoante se depreende do *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil, o legislador reformista de 1994, ao afirmar que “o juiz concederá a *tutela específica* da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o *resultado prático equivalente* ao adimplemento”, deixou inequívoca a sua intenção em privilegiar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer.

Nada obstante, é preciso entender qual o alcance das locuções *tutela específica* e de *resultado prático equivalente*. A doutrina diverge quanto ao que seria o correto emprego destes termos.

Para Eduardo Talamini⁹, o termo *tutela específica* designa o atingimento do resultado pretendido através da conduta do próprio devedor, por intermédio de uma tutela com eficácia eminentemente mandamental; ao passo que o *resultado prático equivalente* importaria na imposição de medidas sub-rogatórias, correlacionando-se, pois, a uma eficácia executiva *lato sensu*.

De forma bastante assemelhada a este entendimento, Cássio Scarpinella Bueno¹⁰, diferencia ambos os termos mais por conta dos mecanismos executivos a serem utilizados para se atingir o cumprimento da obrigação (pedido imediato) do que, em relação ao bem da vida perseguido pelo autor (pedido mediato).

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 101

⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega coisa*. 2.ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, 231-232.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coordenador). São Paulo: Editora Atlas. 2004, p. 1404

Uma segunda corrente doutrinária¹¹, capitaneada por Fredie Didier Jr., neste particular não distingue a *tutela específica* do *resultado prático equivalente* com base na maior ou menor disposição da conduta do obrigado ou com vistas aos instrumentos utilizados pelo juiz para se alcançar o desiderato da tutela jurisdicional.

Ao contrário, fundamenta a diferenciação entre ambas no entendimento de que o alcance da *tutela específica* se faz pela busca de um resultado exatamente coincidente com aquele que o credor obterá acaso a obrigação fosse espontaneamente cumprida, ao passo que o *resultado prático equivalente* consubstancia-se ao atingimento de um bem da vida equivalente, mas não coincidente, com aquele que se atingiria com o cumprimento espontâneo da obrigação.

Ressalta-se, por oportuno, que na impossibilidade de concessão da tutela específica buscar-se-á o atingimento do resultado prático que lhe seja equivalente e, em sendo este também impossível de se alcançar, a obrigação imposta necessariamente será convertida em perdas e danos.

Tal conversão segundo dispõe o artigo 461, § 1º, do Código de Processo Civil, somente ocorrerá na hipótese acima descrita ou se assim o credor/exequente requerer.

Note-se que cabe ao credor, e somente a ele, o direito de exigir o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou de dar coisa, na sua forma específica. Somente quando derivada de sua vontade ou quando o cumprimento da obrigação na forma específica ou por seu equivalente se tornar impossível, converter-se-á a tutela em perdas e danos.

Nesse sentido, conforme Leonardo Greco¹², “a conversão dessa prestação em perdas e danos é um sucedâneo, mas não é o próprio bem que o credor tinha o direito e a expectativa de receber.”

Em suma, conclui-se que o objetivo precípuo deverá sempre ser a busca da *tutela específica*, tal como prevista no contrato ou na sentença/acórdão. Entrementes, o *resultado prático equivalente* ao adimplemento, porquanto via alternativa, deverá ser trilhada como rota subsidiária e excepcional.

2.1. Das medidas de apoio autorizadas pelo artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil e outras peculiaridades sobre este artigo de lei

¹¹ DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Vol. 5. Bahia: Editora Jus Podium. 2009, p. 421-423.

¹² GRECO, Leonardo. *Tutela Específica após a Lei 10.444/2002*. Disponível em: <www.miggo.com.br/imgarq/179/243644_533.doc>. Acesso em 12 de outubro de 2012.

As medidas coercitivas eventualmente empregadas, tidas como, medidas de apoio, não constituem, por óbvio, a tutela jurisdicional almejada, mas apenas servem de instrumento para a produção do resultado pretendido.

Com efeito, o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 10.444/2002, a fim de fazer incidir no plano fenomênico a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, permitiu ao magistrado, dentre outras medidas, determinar 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.

Para melhor compreensão do artigo em referência, algumas colocações se fazem necessárias.

A primeira delas é a de que os meios de indução psicológica (medidas de apoio) não se prendem de forma estanque ao rol constante do texto legal. Desta forma, têm-se, hoje, pacificamente, o entendimento de que o rol do artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, ou seja, não exaustivo, podendo, pois, o julgador valer-se de outras medidas, inclusive atípicas, que entender mais convenientes e efetivas ao caso concreto.

Não é de outra forma que se manifesta Cássio Scarpinella Bueno¹³, para quem “quaisquer outras medidas que se mostrem necessárias, suficientes, adequadas e proporcionais à obtenção dos resultados desejados pelo artigo podem também ser utilizadas pelo magistrado.”

Outrossim, em se falando de medidas de apoio, o juiz não ficará adstrito às medidas eventualmente pleiteadas pelo autor, de modo que esta atitude não representa qualquer afronta ao princípio da congruência, que vincula a decisão aos limites do pedido formulado pelo autor.

Esta postura mais ativa do juiz já fora, anteriormente, enaltecida por Mauro Cappelletti¹⁴ nos seguintes termos:

Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as

¹³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva. 2.ª Edição. 2009, p. 421-422.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso a justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editores, 1988. p. 77.

oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes.

Isso é assim, não só porque o próprio legislador infraconstitucional concedeu ao magistrado ampla margem de discricionariedade, para que ele possa “determinar as medidas necessárias” que repute mais convenientes e efetivas, mas, também, porque lhe autorizou a determinar os atos de coerção que entendesse viáveis ao caso concreto, ainda que sem o correspondente pedido do autor nesse sentido, visando a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Nesse passo, para o desiderato da efetivação da tutela almejada, a atuação jurisdicional na escolha da medida de apoio pode ser dar, portanto, *ex officio*.

2.2. Da ausência de hierarquia entre as medidas de apoio

Justamente pelo fato do legislador reformista ter concedido amplos poderes executivos ao juiz, para, dentro dos limites legais e norteado pelos princípios aqui já informados, determinar, inclusive de ofício, as medidas que se assemelharem as mais necessárias e efetivas ao caso concreto, é que não poderia haver qualquer escala de hierarquização entre as medidas coercitivas, sejam as típicas ou as atípicas.

Desta forma, caberá ao magistrado, dentro de seu juízo de valoração, das máximas da experiência e do atendimento aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da menor onerosidade do executado, escolher dentre as medidas possíveis a mais efetiva à prestação da tutela jurisdicional vindicada.

De igual forma, em verificando que no plano fático a medida coercitiva não atingiu o fim colimado, o magistrado poderá substituí-la por outra que entenda mais efetiva, empregando todos os meios legais para a obtenção, primeiramente, do resultado específico, se este ainda se mostrar possível.

Conforme entendimento predominante na doutrina¹⁵, com o escopo de atingir a efetiva prestação jurisdicional, os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderiam, inclusive, ser utilizados simultaneamente; poder-se-ia, assim, cogitar da conjugação de eficácias mandamentais e executivas *lato sensu* num mesmo *iter* procedimental.

¹⁵ Ver, por todos: WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461, CPC) Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva. 1996, p. 43-47;

Na hipótese da medida de apoio ter sido a multa (as *astreintes* do direito francês), segundo o que dispõe o § 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil, poderá esta ser majorada ou minorada pelo magistrado, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que a fixou.

Revela-se necessária sua majoração na hipótese de mostrar-se insuficiente a debilitar a resistência do obrigado ao desiderato do adimplemento quanto à forma especificada na decisão, ou seja, como forma a viabilizar a efetividade da decisão judicial; *contrario sensu* deverá ser multa minorada sempre que, pelas circunstâncias do caso, mostrar-se que foi arbitrada de forma excessiva, lembrando aqui que a intenção da norma não é punir o devedor pelo descumprimento obrigacional, mas, sim, instigá-lo ao seu cumprimento.

2.3. Do Controle do Poder Executivo do Juiz

O poder geral de efetivação, pelo qual se permite ao juiz impor ao devedor recalcitrante uma tutela executiva sub-rogatória ou a imposição de medidas coercitivas, não poderia, como é óbvio, jamais ficar sem uma forma de controle.

Com efeito, o controle de qualquer forma de poder é imprescindível a fim de evitar abusos e arbitrariedades e, nessa esteira, o controle da atividade executiva do juiz é o que fundamenta, em última análise, a legitimidade do próprio Poder Judiciário.

Não se cogita, aqui, acerca de nenhuma hipótese de um controle sobre as razões de decidir do juiz (ou seja, o que o faz optar por esta ou aquela medida, porquanto tal decisão emerge do seu livre convencimento que, para todos os fins, deve ser motivado), vez que esta atividade cognoscível é própria e inerente ao exercício do poder-dever de julgar.

Tampouco falamos aqui em controle prévio das opções executivas postas à disposição das partes e do juiz, posto que tal controle já fora levado a efeito pelo legislador infraconstitucional ao enumerá-las no Código de Processo Civil.

Todavia, é certo que o próprio legislador reformista, utilizando-se de modernas técnicas legislativas, inseriu em nosso diploma processual algumas “cláusulas gerais”, baseadas em conceitos jurídicos indeterminados, que permitem a adequação e a incorporação – seja pela jurisprudência, seja pelo direito consuetudinário ou, ainda, por uma atividade legislativa complementar – de molde a que novas hipóteses de incidências (casuísticas) se amoldem e venham aderir ao conceito outrora tido como impreciso, permitindo ao julgador, segundo sua interpretação, subsumir o fato concreto ao conceito normativo em questão.

Este novo sistema aberto ou de “janelas abertas”, que indiscutivelmente garante uma maior ingerência no processo, por parte do juiz e, que agora é utilizada amiúde pelo legislador, foi muito bem definido por Judith Martins-Costa¹⁶, cuja conceituação merece transcrição:

Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificados, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

A única via, portanto, que se mostra viável ao exercício do controle do poder executivo do juiz em face das circunstâncias do caso concreto, passa necessariamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Imperioso, nesse sentido, a transcrição dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni¹⁷:

É necessário advertir que a escolha do agir e da medida executiva, na perspectiva da regra da proporcionalidade, torna imprescindível a justificação do juiz. A justificação, como fundamentação da escolha judicial, é absolutamente indispensável. A sua ausência torna arbitrária a opção do juiz, pois cabe à justificação demonstrar a perfeição do raciocínio amparado na regra da proporcionalidade. Em outras palavras, o controle do poder executivo inicia mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, mas não dispensa, como complemento, a adequada justificação. Assim, por exemplo, quando o juiz reputa, a partir da regra da necessidade, que a ação ou o meio executivo não configuram a menor restrição possível, cabe-lhe, além de impor o agir que traz a mesma utilidade para o autor e uma menor restrição ao réu, justificar adequadamente o seu procedimento, explicando a sua decisão.

É preciso, pois, entender que não mais vigora entre nós o princípio da tipicidade dos meios executivos, vez que, em face da concentração dos poderes executivos nas mãos dos juízes, cabe a estes determinar a modalidade executiva mais adequada ao caso concreto, razão pela qual agora se torna necessária uma exauriente justificativa dos motivos que levaram o magistrado a escolher uma dentre duas ou mais modalidades executivas.

¹⁶ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5974>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

Em suma, para Marinoni, “o juiz não apenas está obrigado a utilizar o ‘meio idôneo’ e a forma executiva que, tutelando o direito, cause a ‘menor restrição possível’, mas também tem o dever de justificar suas escolhas”.¹⁸ Essa também é a conclusão a que chegou Cássio Scarpinella Bueno¹⁹, quando comenta acerca da motivação judicial na hipótese de utilização da prisão civil como medida atípica extrema, com a qual concordamos integralmente, nestes termos: “A motivação da decisão judicial que o aplica deve, por isso mesmo, justificar suficientemente a aplicação da medida, dada a sua excepcionalidade.”

3. Da possibilidade da prisão civil nas obrigações de entrega de coisa diversa de dinheiro²⁰⁻²¹

Impende ressaltar que antes da reforma de 2002, as técnicas executivas instituídas pela Lei n.º 8.952 de 13 de dezembro de 1994 somente se referiam às obrigações de fazer e não fazer, não se estendendo, portanto, às obrigações de entrega de coisa.

Com a reforma introduzida pela Lei n.º 10.444 de 07 de maio de 2002, o poder geral de efetivação da tutela jurisdicional consistente na obrigação de entrega de coisa tornou-se uma realidade.

Com a previsão legal do artigo 461-A do Código de Processo Civil e seus parágrafos o legislador bifurcou os momentos para a efetivação da tutela, nas obrigações de entrega de coisa.

Num primeiro instante, previu que o juiz “fixará o prazo para cumprimento da obrigação”, oportunizando ao devedor o cumprimento espontâneo da obrigação vindicada pelo exequente (art. 461-A, *caput*, CPC).

Num segundo momento – em não tendo havido o cumprimento da obrigação na data aprezada pelo juiz – autorizada estará a incidência das medidas de apoio, consubstanciadas na expedição “em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel” (art. 461-A, § 2.º, CPC).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 240.

¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva. 2.ª Edição. 2009, p.429.

²⁰ As decisões que impõem obrigação de pagamento de quantia (*rectius*: entrega de dinheiro) são reguladas pela sistemática do artigo 475-J e seguintes do Código de Processo Civil.

²¹ Se a obrigação não emanar de decisão judicial, mas, sim, consubstanciar-se em título executivo extrajudicial observar-se-á o quanto disposto nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Civil.

Se acaso restar frustrado, tanto o cumprimento espontâneo da obrigação, quanto a concretização da medida de apoio prevista no § 2º, poderá o juiz amparado em seu poder geral de efetivação (art. 461-A, § 3º c/c art. 461, § 5º, ambos do CPC) utilizar-se de qualquer outra medida processual coercitiva, indireta ou sub-rogatória, típica ou atípica, visando a efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Da rasa leitura do art. 461-A, § 3º do Código de Processo Civil, em cotejo com o disposto no art. 461, § 5º do mesmo diploma legal, resta claro que, no final, o legislador reformista conferiu para as obrigações de entregar coisa os mesmos poderes de efetivação atribuídos para as obrigações de fazer e não fazer.

Imperioso se faz concluir que todas as técnicas executivas autorizadas no art. 461, § 5º do Código de Processo Civil, adequadas ao alcance da tutela específica, de igual forma e por via de consequência, também se aplicam às obrigações de entrega de coisa, inclusive no que diz respeito à medida coercitiva extrema consubstanciada na prisão civil.

A pergunta que cabe, neste momento, é se o fato de o Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal – STF ter recentemente, para espanto de muitos²², consolidado entendimento no sentido de que o depositário infiel não mais se sujeita a prisão civil, interfere de algum modo nesta perspectiva que ora traçamos de aplicabilidade da prisão civil? É a esse respeito que dedicaremos o item seguinte, com exame analítico de todos os precedentes que deram ensejo à referida Súmula Vinculante de n. 25/STF.

De qualquer forma, cumpre esclarecer, desde logo, que apesar da recente vedação da prisão civil do depositário infiel, com espeque em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 226/1991 e principalmente pelo disposto no artigo 7º, § 7º da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Decreto Legislativo nº 27/1992, temos para nós que, excepcionalmente, mas sempre que o cumprimento da obrigação se mostrar, no caso concreto, mais relevante que a liberdade individual do devedor²³, impõe-se o acolhimento da medida extrema.

²² Interessante a colocação feita por Rogério Licastro Torres de Mello, para quem há grande incoerência na posição adotada pelo STF: “a se levar a ferro e fogo o entendimento que no Brasil não pode subsistir prisão por dívida em virtude da assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, e considerando-se que não identificamos, em dito tratado internacional, qualquer exceção à vedação da prisão por dívida, também deveria, em termos de coerência decisória, extinguir-se a prisão por débito alimentar.” *Crítica a extinção da prisão do depositário infiel*. In *Execução Civil e cumprimento da sentença*. Coordenação Gilberto Gomes Bruschi e Sergio Shimura. São Paulo: Editora Método. 2009. Vol. 3, p. 676-677.

²³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 176. (sem os destaques no original)

A guisa de exemplo prático da imposição da prisão civil no campo da obrigação de dar coisa, tomemos por empréstimo a conjectura levantada por Freddie Diddier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Graga e Rafael Oliveira²⁴:

Guardando coerência com as premissas que traçamos anteriormente, entendemos que, analisada a questão à luz da teoria dos direitos fundamentais, é possível, sim, a imposição da prisão civil como técnica coercitiva em hipótese de obrigação de entrega de coisa de conteúdo não-patrimonial, como por exemplo, *a entrega de medicamento*.

As questões envolvendo a obrigação de entrega de medicamentos é, sem dúvidas, um dos exemplos mais utilizados e que melhor demonstra a necessidade de se estender a prisão civil às obrigações de entrega de coisa diversa de dinheiro. E, por oportuno, onde também se verifica a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, pois se permite sopesar, numa escala de importância, de um lado a liberdade do devedor recalcitrante em cumprir o provimento jurisdicional e, de outro, a incolumidade física ou até mesmo a vida do credor.

Contudo, na praxis forense, tem se verificado, nestes casos, o afastamento da prisão civil como medida coercitiva, assim como o reconhecimento e aplicabilidade do crime de desobediência, como se observa do aresto abaixo transcrito, que sintetiza muitos outros nessa mesma linha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. *ASTREINTES* E A AMEAÇA DE PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCABIMENTO. 1. Descabe a fixação de *astreintes* por dia de atraso no fornecimento do medicamento, vez que não alcança a efetividade desejada, apenas agravando a situação das finanças públicas, criando mais um ônus a ser suportado por toda a sociedade. 2. Incabível também a ameaça de prisão por crime de desobediência, por ser medida flagrantemente desproporcional ao eventual atraso no cumprimento da obrigação, e que pode ser substituída pela tutela específica da obrigação, mediante bloqueio de valores e cominação da multa prevista no art. 14 do CPC. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁵

3.1. A utilização da prisão civil e a Constituição Federal – choque de valores ou apenas uma questão de interpretação sistemática?

Ultrapassados os breves comentários aos temas ligados ao artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil, genericamente considerados, temos que o enfrentamento da questão da possibilidade do uso da prisão civil, como meio legítimo de coerção indireta e

²⁴ DIDDIER JR., Freddie. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Execução. Vol. 5. Bahia: Editora Jus Podium. 2009. p. 470.

²⁵ Agravo de Instrumento Nº 70007053838, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007.

atípica sobre o devedor recalcitrante, resvala, necessariamente, em princípios e valores de ordem constitucional, mormente o disposto no artigo 5º, LXVII, da CF: “Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.²⁶

Com efeito, ao se afirmar que “*não haverá prisão por dívida*” o alcance da norma constitucional, acima transcrita, *parece ter sido o de vedar a prisão civil por descumprimento de obrigação que derive para o seu adimplemento da disposição de dinheiro, ou seja, de dívidas pecuniárias.*

Nessa mesma esteira de raciocínio, com firmeza e convicção, Pontes de Miranda²⁷ sustentou que a proibição inserta na Constituição Federal estaria na prisão pelo inadimplemento de dívida pecuniária e que assim seria possível utilizar a prisão como meio coercitivo para obrigações que não derivassem, portanto, de pecúnia.

A interpretação dada ao artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal deve ser no sentido de privilegiar os direitos fundamentais (até porque tal norma está inserida no Capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais); assim, se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio, como corolário de um direito fundamental, *a fortiori*, deve-se permitir a sua utilização (prisão) para a consecução e efetividade da tutela de outros direitos igualmente fundamentais (p. ex.: direito à vida; direito à saúde; direito à integridade física; direitos da personalidade; dignidade humana; direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.).

Esta também é a lição anotada por Luiz Guilherme Marinoni²⁸, para quem uma interpretação realmente atenta aos direitos fundamentais e de acordo com a moderna hermenêutica constitucional não permitiria enxergar apenas o que há de negativo na utilização da prisão. Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações que não dependam do desembolso de dinheiro.

²⁶ O STF, recentemente, ao julgar o RE n. 466.343-1, se posicionou sobre a impossibilidade acerca da prisão do depositário infiel, como garantia prevista em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 226/1991 e principalmente pela Convenção Internacional sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Decreto Legislativo n. 27/1992.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 326, *in verbis*: “O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio par impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele.”

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 237.

Corroborando do mesmo entendimento a ser dado à interpretação do texto constitucional, a fim de permitir uma efetiva tutela jurisdicional, Marcelo Lima Guerra²⁹ aduz, com precisão que:

Encarada a prisão como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade, uma exegese que restrinja a vedação do inc. LXVII do art. 5º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito preserva substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente as possibilidades de se empregar a prisão civil como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Nesta esteira de raciocínio – embora para aqueles que se insurgem contra a possibilidade da prisão civil, a linha argumentativa a seguir exposta possa soar como uma verdadeira *heresia constitucional* – poder-se-ia afirmar que a prisão civil, como medida coercitiva indireta, se coaduna, sim, com a própria Constituição Federal, chegando mesmo a tutelar outros direitos fundamentais nela previstos.

O autor já citado, Luiz Guilherme Marinoni³⁰, com propriedade nos fornece um dos muitos exemplos em que a prisão coercitiva serve de importante medida de apoio a efetivar direitos fundamentais tutelados na Constituição Federal, senão vejamos:

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar a tutela jurisdicional efetiva. Soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações” (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelada em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, esta interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente.

A insuficiência de outras medidas coercitivas – tal como a imposição de multa tendente a evitar, por exemplo, um grave dano coletivo iminente – não permite possa indefinidamente se aguardar até que o devedor adote uma atitude de obediência ao comando judicial, sob pena de frustrar-se a devida eficácia. Nesse aspecto, a prisão civil, também, se mostra apta a atingir os efeitos pretendidos.

²⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 245-246.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 236.

De qualquer forma, não podemos perder de vista que a prisão civil deve, sempre, representar a última alternativa a ser buscada para a imposição da ordem judicial.

Embora partilhemos deste entendimento – restrito, é bem verdade, a hipóteses excepcionais³¹ –, é certo, todavia, que a doutrina encontra-se bastante dividida sobre o seu efetivo cabimento.

Aqueles que, todavia, repudiam o cabimento da prisão civil como medida coercitiva, o fazem, exatamente, por entender que o artigo 5º, LXVII, do texto constitucional veda a prisão por “dívida” não apenas como obrigação de caráter pecuniário, mas, sobretudo, como um inadimplemento genericamente considerado.

Para sintetizar a linha de pensamento adotada por esta corrente doutrinária, utilizamo-nos das palavras de José Miguel Garcia Medina³², porquanto um dos baluartes deste posicionamento contrário à possibilidade de prisão civil:

Data venia, pensamos que, quando a Constituição Federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5.º, inc. LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de “satisfação” da dívida – a exemplo do que poderia ocorrer com a *manus injectio*, no direito romano – mas também o emprego da prisão como meio coercitivo, pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo por causa da dívida. [...] Pensamos, diante disso, *concessa maxima venia*, que a prisão civil não deve ser admitida, na hipótese.

Outro processualista de escol que apresenta relevantes argumentos contra a prisão civil é Eduardo Talamini³³. Além de entender que a vedação constitucional contida no artigo 5º, inciso LXVII, por si já bastaria como fundamento contrário à prisão civil “por dívida” enxergou nas exceções constantes do próprio texto constitucional o argumento para sua tese opositora à possibilidade deste meio coercitivo extremo, senão vejamos:

Se a regra geral fosse essa (proibição constitucional apenas para a prisão oriunda de dívida pecuniária), como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária? Afinal, a prisão civil do depositário infiel funciona precisamente como mecanismo de preservação da autoridade do juiz. A resposta não pode ser outra: o preceito constitucional consagrou essa hipótese como exceção justamente porque a regra geral nele contida é a vedação de qualquer prisão (qualquer prisão que não seja aplicada como sanção retributiva à

³¹ No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. Belo Horizonte: Editora, Del Rey. 1995, p. 75; DOTTI, Rogéria Fagundes. *A crise do processo de execução*. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, n.º 2, p. 386; VARGAS, Jorge de Oliveira. *A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível*. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, n.º 3, p. 797.

³² MEDINA, José Garcia. *Execução Civil. Teoria Geral. Princípios Fundamentais*. 2.ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2004. p. 461 e 463.

³³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega coisa*. 2.ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 302.

prática de conduta tipificada como crime). Então, para que se compreenda o exato alcance da regra geral, tem-se que cotejá-la com suas exceções.

Parece-nos, todavia, que a norma insculpida no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal ao proclamar que “não haverá prisão civil por dívida” pretende exatamente proteger que o cidadão seja restringido em sua liberdade pessoal, justamente por não dispor de patrimônio suficiente para adimplir com a dívida eventualmente assumida.

Entrementes, quando o adimplemento da obrigação não depender da situação econômica ou financeira do devedor, mas, sim, de uma conduta consistente num fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro, a restrição da liberdade como forma coercitiva ao cumprimento da determinação judicial não encontra, a nosso ver, nenhuma óbice de ordem constitucional.

A razão, neste caso, parece estar com Fredie Diddier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira³⁴, que analisando o problema do cabimento da prisão sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais – e não sob a perspectiva meramente semântica – demonstram a fragilidade da corrente restritiva à imposição da prisão civil, nestes termos:

A tese restritiva da prisão civil pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta de um direito fundamental (liberdade individual) em relação aos demais direitos fundamentais (vida, integridade física, dignidade, outros tipos de liberdade, devido processo legal, efetividade da tutela jurisdicional, etc). Essa hierarquização apriorística definitivamente não se coaduna com as teorias dos direitos fundamentais, sobretudo quando se percebe que tais direitos são sempre relativos e podem ser episodicamente afastados, quando o magistrado, à luz do caso concreto e do princípio da proporcionalidade, assim o entender, como forma de efetivar um outro direito fundamental.

Não podemos olvidar que a favor daqueles que se insurgem contra a prisão civil há, também, um inegável e forte apelo histórico-cultural que enleia a aceitação da prisão civil como medida coercitiva à efetividade da prestação jurisdicional.

Historicamente, a prisão civil em épocas remotas representava odiosa forma de humilhação ao devedor recalcitrante, infligindo a ele penas despropositadas e desproporcionais, privando-o não só de sua liberdade, como, não raro, de sua própria vida. A prisão civil servia, pois, como verdadeiro instrumento de punição.

³⁴ DIDDIER JR., Fredie. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Execução. Vol. 5. Bahia: Editora Jus Podium. 2009. p. 462-463.

Como não poderia deixar de ser, o peso da privação de liberdade encontra-se, ainda hoje, inexoravelmente arraigado nestes períodos sombrios da evolução da sociedade e do próprio direito.

A natural repulsa a esta modalidade extrema que é a prisão civil, aliada à vitimização do devedor insolvente ocorrida na Europa do século XVIII, foi muito bem explorada por GAETANO FILANGIERI ³⁵:

Punir constantemente a insolvabilidade pela prisão; confundir a miséria com o crime; cobrir o inocente de toda a infâmia da perversidade, em lhe arrancando a honra; forçá-lo a renunciar a virtude; tirar de um homem de bem infeliz até a propriedade do seu corpo, que o destino inexorável lhe há deixado; fazê-lo comprar por um suplício, muitas vezes eterno, o ligeiro alívio, que ele tinha obtido em seu infortúnio; condenar à inação, aos tormentos e aos vícios, que a acompanham, aquele que não tem mais que os seus braços, ou os esforços do seu espírito, para fazer subsistir sua família e pagar seu credor; privar a sociedade de um homem que não a tem ofendido, e que lhe poderia ser útil; dar a um credor implacável o poder de conservar o seu devedor neste estado de opróbrio e de desolação tanto tempo quanto ele quiser, e de satisfazer sua vingança com as armas da lei; em uma palavra, ofender a justiça, ultrajar os direitos mais preciosos do homem e do cidadão, e multiplicar as infelicidades da indigência sem favorecer as propriedades – tais são os abusos da prisão por dívidas, estabelecida em todos os países da Europa mesmo entre aqueles que mais se vangloriam da sua humanidade e de sua liberdade.

Partindo-se, pois, desta nebulosa herança histórica que nos foi deixada, uma cicatriz indelével ainda macula o instituto da prisão civil tornando-a, para alguns, insegura e assustadora a sua utilização como instrumento de efetividade da tutela jurisdicional.

3.2. Da *contempt of court* como justificativa à efetivação da prisão

Como se nota, a possibilidade de prisão com esteio no poder geral de efetivação (art. 461, § 5º, CPC) é tema dos mais polêmicos e, ao que parece, está longe de pacificação doutrinária.

Como não bastassem os argumentos já expendidos a justificar tanto o posicionamento daqueles que são favoráveis à prisão civil, tanto daqueles que lhe negam

³⁵ GAETANO FILANGIERI, jurista e filósofo italiano (18 de agosto de 1752 - 21 de julho de 1788), *apud* VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. *A cláusula Geral do art. 461, § 5º, CPC e a polêmica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>>. Acesso em 12 de outubro de 2012.

aplicabilidade, temos, digamos assim, uma terceira corrente, a qual, em que pese não admitir a prisão civil como corolário do poder geral de efetivação, a admite com fundamento no desrespeito a uma ordem emanada por um Tribunal (*Contempt of Court*).

Conforme estudo realizado por Sidnei Amendoeira Jr.³⁶, o qual traça um paralelo entre o direito pátrio, o direito inglês e o norte-americano, temos assim colocados os seus ensinamentos:

Por este sistema, através de uma *injunction* (para as obrigações de não-fazer) ou uma *specific performance* (para as obrigações de fazer), o Tribunal emite uma ordem ao obrigado, cuja desobediência será considerada desacato ao Tribunal, caracterizando-se aí o *Contempt of Court* e permitindo a aplicação de multas e da pena de prisão ao demandado até que a obrigação seja cumprida. A justificativa para a adoção da prisão do devedor não reside no seu inadimplemento, mas no [des]respeito à ordem do Tribunal.

As origens da *Contempt of Court* remontam ao direito inglês, onde o rei (fonte de justiça), apesar de delegar a sua autoridade jurisdicional a alguns poucos oficiais da realeza (que formavam a chamada Chancelaria), reservava a si próprio a análise e o julgamento de algumas “petições”, visando o bom funcionamento da justiça em seu reino.

Todavia, em caráter excepcional, o rei intervinha para evitar abusos ao direito de petição dirigidos à sua pessoa. Se não houvesse obediência à determinação do rei, o indivíduo “iria meditar na prisão, ou os seus bens seriam objeto de seqüestro, até que voltasse a ter melhores sentimentos”.³⁷

As medidas adotadas em face do *Contempt of Court* desde o seu nascedouro continham caráter de punição por violação da boa-fé, e ainda hoje mantêm este caráter na tradição dos países do sistema da *Common Law*.

É certo que o *Contempt of Court* pode ser dividido em diversas categorias. Para o presente estudo, todavia, nos interessa apenas a distinção que se faz entre a *civil contempt* e a *criminal contempt*.

E quem bem as distinguiu foi Marcelo Lima Guerra³⁸, através dos objetivos que se pretende atingir:

Se objetiva induzir (coagir) a parte a cumprir uma ordem judicial, diz-se que se trata de *civil contempt*. Se, por outro lado, se trata apenas de punir uma conduta

³⁶ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do Juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 148.

³⁷ DAVID, René. O Direito Inglês. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. 1997, p. 07.

³⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p, 95

desrespeitosa, tem-se uma *criminal contempt*. Daí dizer-se que o *criminal contempt* volta-se ao passado e o *civil contempt* dirige-se ao futuro.

O fundamento jurídico da *Contempt of Court* nos dias de hoje, *mutatis mutandis*, é resguardar a autonomia e a efetividade (poder de império) do Poder Judiciário.

Feita esta breve digressão, temos que alguns doutrinadores brasileiros (dentre os quais destacamos Kazuo Watanabe³⁹ e Marcelo José Magalhães Bonício⁴⁰), a exemplo do que acontece no direito alienígena, mormente nos países que adotam o sistema da *Common Law*, justificam, como vimos, a adoção da prisão do devedor da obrigação de prestar tutela específica não no seu inadimplemento *stricto sensu*, mas, sim, no desrespeito a uma ordem emanada do Tribunal.

Ada Pellegrini Grinover⁴¹ é outra partidária da tese do *Contempt of Court* no Brasil, porém adota posição intermediária, qual seja o *contempt* indireto, não admitindo a prisão imediata daquele que descumprir uma ordem judicial (*contempt* direto), mas ao contrário “exige um procedimento incidental, em contraditório, que, no sistema anglo-saxão, deve obedecer a diversos requisitos”.

Nas hipóteses de restar configurado o *Contempt of Court*, eventual prisão do devedor recalcitrante dar-se-ia em face da ocorrência da prática de crime de desobediência à ordem judicial (art. 330 do Código Penal) ou ainda de crime de prevaricação, na hipótese de se tratar de funcionário público (art. 319 do Código Penal), o que vale dizer que, em ambos os casos, ter-se-ia como sucedâneo a fundamentar a prisão, um ilícito penal, e não um inadimplemento civil.

Desta forma, os partidários desta corrente doutrinária que a princípio não concordam com a prisão civil como medida inominada porquanto oriunda do poder geral de efetivação (como medida de apoio prevista genericamente no § 5º do art. 461, CPC), encontram, pois, uma “saída honrosa” a permitir a prisão do devedor inadimplente que, *a priori*, não estaria vedada pelo art. 5º, LVXII, da Constituição Federal, pois não se trataria de “prisão civil por dívida”, mas, sim, “prisão criminal por desobediência à ordem judicial”.

³⁹ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto: comentários aos artigos 81 a 90*. 5.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998. p. 659.

⁴⁰ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Impossibilidade de prisão civil do réu na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa certa ou incerta (art. 461 e 461-A do CPC)*. São Paulo: Complexo jurídico Damásio de Jesus. Maio de 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em 05/10/2009.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o Contempt of Court*. RePro n.º 102, abr/jun. 2001. p. 219-227.

Com o devido acatamento e respeito ao posicionamento firmado por estes ilustres juristas, não nos parece, todavia, que eles estejam com a razão.

A uma, pois é fora de dúvidas que o legislador pátrio para a efetivação das tutelas específicas ou a obtenção do resultado prático equivalente autorizou e municiou os magistrados a “determinar as medidas necessárias” visando à concretude deste desiderato.

A duas, o mencionado § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil proveu o juiz de uma “cláusula geral executiva”, estabelecendo um rol meramente exemplificativo de medidas executivas tendentes a dar efetivação às decisões judiciais.

Em terceiro, oriunda de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, é correto afirmar que não há qualquer vedação à prisão civil (ordenada por juiz cível), mas, tão somente, a proibição da prisão decorrente de dívida (a nosso ver, entendida como dívida pecuniária).

Como quarto fundamento, como bem lembrado por Ana Cecília Rosário Ribeiro⁴², temos que o crime de desobediência está inserto nas categorias das infrações de menor potencial ofensivo, com aplicação dos institutos despenalizadores (transação penal e suspensão condicional do processo), razão pela qual a prisão penal, tal como defende esta corrente doutrinária, não surtiria o efeito esperado de forçar o devedor pertinaz ao cumprimento da tutela específica.

Ademais, vale frisar que a prisão, de acordo com a legislação penal brasileira, tem natureza *punitiva* e não *coercitiva*.

Por fim, mas não se limitando a estes tantos argumentos, temos que o inciso V do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.358/2001 são, salvo melhor juízo, as únicas hipóteses na legislação brasileira assemelhadas à *Contempt of Court* do direito anglo-saxão, senão vejamos:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[*omissis*]

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

⁴² RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Prisão Civil por descumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar. Salvador: UNIFACS. Faculdade de Direito de Salvador/BA. Setembro de 2006. Disponível em: < http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_setembro2006/discente/dis3.doc. >. Acesso em 05/10/2009.

Por oportuno, convém transcrever os apontamentos feitos por Guilherme Rizzo Amaral⁴³, ao tratar do artigo de lei acima transcrito:

Aí está, parece-nos, o verdadeiro embrião do *contempt of court* de caráter punitivo no Direito brasileiro – muitíssimo limitado, é verdade, se comparado à medida no direito estrangeiro, que permite até mesmo a prisão do indivíduo –, verdadeira pena aplicada em face do ato atentatório ao exercício da jurisdição, cujo resultado pecuniário reverterá para a União ou para o Estado.

Tal entendimento foi corroborado por Sálvio de Figueiredo Teixeira⁴⁴, quando da apresentação do anteprojeto que deu origem a atual redação do mencionado artigo:

Finalmente, dentre outras propostas de menor porte, é de assinalar-se ainda que o anteprojeto traz ao direito brasileiro, especialmente no campo da execução, o que há de melhor no sistema *Common Law* em termos de efetividade e eficácia de tutela jurisdicional, a saber, os institutos da *injunction* e do *contempt of court*. A esse respeito, insere-se no artigo 14, o seguinte inciso (V) e parágrafo: (...).

O próprio Sálvio de Figueiredo Teixeira, no ano de 1999, já registrara, em julgado de sua lavra, a necessidade do direito brasileiro prever medidas efetivas como o *contempt of court* do sistema *common law*, vejamos:

PROCESSO CIVIL. ACIDENTE AÉREO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. ADMISSIBILIDADE. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CONTEMPT OF COURT. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a decisão desmotivada.

II - Examinados os temas suscitados no agravo de instrumento, sem omissão, contradição ou obscuridade, não ocorre nulidade do acórdão por ofensa ao art. 535, CPC.

III - O prequestionamento, segundo o firme entendimento da jurisprudência brasileira, é pressuposto essencial à apreciação do recurso especial.

IV - A protelação do cumprimento de decisões manifestamente razoáveis e bem lançadas estão a justificar a introdução, em nosso ordenamento jurídico, de instrumentos mais eficazes, a exemplo do *contempt of court* da *Common Law*.⁴⁵

Um ano antes, em 1998, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, invocou o instituto do *contempt of court* na fundamentação de uma decisão, nos seguintes termos:

⁴³ AMARAL, Guilherme Rizzo.

⁴⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. Revista de Processo, n.º 95, p. 11

⁴⁵ RESP/SP 97434-4

MANDADO DE SEGURANÇA. Desobediência a ordem judicial. Ofício ao Ministério Público. *Contempt of court*. Não constitui ato ilegal a decisão do Juiz que, diante da indevida recusa para incluir em folha de pagamento a pensão mensal de indenização por ato ilícito, deferida em sentença com trânsito em julgado, determina a expedição de ofício ao Ministério Público, com informações, para as providências cabíveis contra o representante legal da ré. Recurso ordinário improvido.⁴⁶

3.3. A Súmula Vinculante 25/STF e [o esvaziamento d]a possibilidade de prisão, nas hipóteses de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa - A necessidade da utilização do *distinguishing*.

Resta-nos saber, enfim, se o entendimento acima firmado ainda é possível de ser (legitimamente) sustentado, em face da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, em particular da edição da Súmula Vinculante de nº 25, do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão Plenária de 16.12.2009 (e, analogamente, também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado na Súmula 419/STJ).

O intérprete mais desavisado poderia chegar à seguinte conclusão: se a Súmula Vinculante n. 25 veda a prisão civil de depositário infiel, *qualquer que seja a modalidade de depósito*, nessa hipótese também estaria compreendida a vedação da prisão civil qualquer que fosse o fundamento a lhe dar ensejo.

A fim de se poder firmar qualquer conclusão, é fundamental que se examine o que esteve abaixo – é dizer, as hipóteses e os precedentes que ensejaram a edição – de referida Súmula. Parece que tal exame permitirá verificar se, efetivamente, o Supremo Tribunal Federal alguma vez se pronunciou sobre o objeto deste estudo – prisão civil meio coercitivo para obtenção de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa.

Sabe-se que, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento de longa data e passou a considerar que a prisão civil do depositário infiel, a despeito de prevista no próprio texto de nossa Constituição, teria deixado de existir com a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, que permite somente a prisão civil por dívida no caso de devedor de *pensão alimentícia*.

As discussões que levaram a essa decisão, especialmente aquelas relativas ao *status* dos tratados de direitos humanos, não serão objeto deste estudo, até porque já são por demasiado conhecidas. O recorte metodológico imposto desde o início a este estudo permite-

⁴⁶ RMS 9228/MG.

nos apenas examinar o *futuro* da prisão civil nos casos de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, depois dessa decisão.

A aprovação da Súmula Vinculante em exame deu-se na Sessão Plenária do dia 16.12.2009, tendo sido publicada no DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1. e no DOU de 23/12/2009, p. 1, com os seguintes dizeres: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.*”

Consultando-se o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, consta que referida Súmula teve por precedentes os seguintes julgados, destacados na tabela abaixo e identificadas as questões fáticas e jurídicas que estavam em discussão:

Acórdão citado como precedente	Hipótese subjacente
RE 562051 RG, Publicação DJe nº 172, em 12/9/2008	Possibilidade de prisão civil do recorrente, que foi nomeado depositário judicial de bem objeto de penhora em ação de execução (por quantia certa contra devedor solvente, fundada em Título de Cédula Rural Pignoratícia)
RE 349703, Publicação DJe nº 104, em 5/6/2009	Possibilidade de prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação fiduciária
RE 466343, publicação DJe nº 104, em 5/6/2009	Possibilidade de prisão civil em contrato de alienação fiduciária em garantia
HC 87585, publicação DJe nº 118, em 26/6/2009	Ação de depósito de determinada quantia de arroz, situação que, segundo o STF, era análoga à alienação fiduciária
HC 95967, publicação DJe nº 227, em 28/11/2008	Possibilidade de prisão de depositário judicial de bem penhorado em ação de execução fiscal
HC 91950, publicação DJe nº 216, em 14/11/2008	Ação de depósito
HC 93435, publicação DJe nº 211, em 7/11/2008	Possibilidade de prisão de depositário judicial de bem penhorado em ação de execução fiscal
HC 96687/MC, publicação DJe nº 220, em 19/11/2008	Possibilidade de prisão de depositário judicial de bem penhorado em ação de execução
HC 96582, publicação DJe nº 211, em 7/11/2008	Possibilidade de prisão de depositário judicial de bens oferecidos penhora em ação de execução
HC 90172, publicação DJe nº 82,	Possibilidade de prisão de depositário judicial de bens

em 17/8/2007	oferecidos penhora em ação de execução
HC 95170/MC, publicação DJe nº 143, em 4/8/2008	Possibilidade de prisão de depositário judicial de bens oferecidos penhora em ação de execução de título extrajudicial

Pelo que se verifica de referidos julgados, três situações foram objeto de exame e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo-se, então, *que em tais hipóteses*, seria descabida a prisão civil: *i)* depositário infiel em contrato de alienação fiduciária; *ii)* depositário infiel em ação de depósito; *iii)* depositário judicial infiel, de bem penhorado em ação de execução judicial.

A questão aqui proposta – de prisão civil como meio coercitivo de ordem processual em obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa – ainda remanesce sem apreciação pela mais alta Corte do país, razão pela qual permitimo-nos defender o seu cabimento, nas situações em que não exista outro mecanismo mais eficaz.

Em última análise, pode-se dizer que a limitação – ou vedação – assentada pelo Supremo Tribunal Federal refere-se somente àquelas prisões cuja causa é o inadimplemento de uma dívida, assim compreendida “toda obrigação cuja prestação é em dinheiro a ser cumprida pelo devedor”. Disso poderia decorrer a conclusão de que a prisão civil cuja causa é o descumprimento de uma obrigação não-pecuniária seria ainda perfeitamente admissível, tanto mais quanto se trate de cumprimento de ordem processual.

Ou seja, os precedentes apontados pelo próprio Supremo Tribunal Federal e que deram ensejo à Súmula Vinculante acima examinada, estudados em sua *ratio*, demonstram à exaustão a sua inaplicabilidade à hipótese aqui versada.

Há de se ter em consideração, no caso, o que muito bem esclareceu Daniel Mitidiero, quanto ao fato de só adquirir força de precedente as decisões judiciais no mesmo sentido que tratem de caso idêntico ou semelhante:

Identificar aquilo que adquire força de precedente a partir da decisão judicial é apenas uma parte do problema. A partir daí é preciso saber como *trabalhar* com os precedentes. É preciso compreender a ‘dinâmica do precedente’. Em primeiro lugar é preciso saber quando um precedente é aplicável para solução de uma questão e quanto não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é o caso de distinguir o caso do

precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*).⁴⁷

CONCLUSÕES

A guisa de arremate, restou evidenciado pela rasa leitura do presente estudo que desde os períodos mais remotos da história do direito até os dias atuais o tema da prisão civil ainda suscita muita polêmica e posicionamentos contraditórios.

A aplicabilidade da prisão civil ao longo do tempo, nem sempre teve a conotação de coerção, mas, sim, muitas vezes, de verdadeira penalidade imposta ao devedor pertinaz, que não raro, pagava com sua própria vida ou com a desproporcional restrição de sua liberdade e o aviltamento de sua dignidade.

Entre altos e baixos, excessos e restrições, posicionamentos contra e a favor, a prisão civil atravessou os tempos, chegando aos dias atuais como uma medida de coerção que visa precipuamente à obtenção e a efetivação de uma tutela jurisdicional.

Em última análise, a prisão civil é mais do que simplesmente estabelecer uma coerção ao devedor contumaz, a fim de se conferir o bem da vida ao litigante que demonstrou ter razão; mais que isso, o instituto da prisão civil visa manter o *imperium* estatal, porquanto força motriz a solucionar conflitos e manter a paz social, resguardando, assim, a dignidade da justiça e aproximando-se, o quanto possível, do que seja o ideal de justiça.

Como tivemos a oportunidade de nos manifestar, vez ou outra no decorrer do presente estudo, filiamo-nos ao posicionamento doutrinário que admite o uso da prisão civil como medida de apoio ainda que em casos excepcionais, ou seja, quando tornar-se inviável ou sem efeito a utilização de outras medidas igualmente coercitivas, tal como a *astreintes*, ou, quando a potencialidade do dano for de tal proporção que não se poderá ter a oportunidade de se fazer uma segunda tentativa de coerção, sem que o dano temido seja consumado, devendo-se, nestas hipóteses, desde logo, partir-se para a coerção mais agressiva e intimidatória, ou seja, a que possua, no caso concreto, o maior grau de coercibilidade.

Em que pese o respeito e devido acatamento à posição sustentada por aqueles que negam vigência a prisão civil como medida de apoio, com ela não podemos concordar.

O principal argumento utilizado a justificar a negativa de vigência à prisão civil vem assentado sob o manto da vedação em sede constitucional, operacionalizada pelo art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior, que afirma que “Não haverá prisão por dívida, salvo a do

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo* vol. 206, abril.2002, pp. 72-73.

responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Afora a acalorada discussão que se estende na doutrina tentando definir o alcance conceitual do termo “dívida” – se estaria a tratar-se de prestação apenas com viés pecuniário ou se sua abrangência deveria ser entendida de forma *lato sensu* – como justificar então a negativa da prisão civil em hipóteses que não esteja se discutindo o cumprimento de uma prestação ou o adimplemento de uma dívida (seja qual for a sua natureza)?

Se, por um lado, como vimos, parte da doutrina afasta a possibilidade da prisão civil com esteio na vedação constitucional da prisão por dívida, de outra banda, poder-se-ia inferir, por essa mesma linha de raciocínio, que a prisão civil é plenamente possível e até viável naquelas hipóteses em que não há uma “dívida”, propriamente dita, mas, sim, a premente necessidade de impedir uma ação ilícita ou impedir a violação de um direito (tutelas inibitórias).

Estamos convictos, pois, que ao se buscar a efetivação de uma tutela jurisdicional reconhecidamente legítima, a prisão civil porquanto medida de coerção indireta, trata-se de um meio idôneo, razoável e, por vezes, necessário, desde que utilizada de maneira excepcional, com parcimônia e responsabilidade.

Nessa linha de raciocínio, pouca relevância ou influência incide a alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à vedação da prisão civil do depositário infiel, *porquanto a hipótese cogitada neste trabalho é de outra ordem*.

A liberdade individual não é um valor absoluto, quando confrontado com outros direito igualmente fundamentais, portanto.

De outra banda, como já bem afirmou Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸: “Não há dúvidas que os direitos perdem sua qualidade se não puderem ser efetivamente tutelados.”

Não admitir-se a prisão civil como forma de coerção indireta é admitir que o Estado não dispõe de todos os meios necessários para a efetivação de seus pronunciamentos, ou seja, eventualmente poderá deixar de prestar uma tutela jurisdicional efetiva. Esta interpretação seria, no mínimo, canhestra e incoerente com a própria sistemática jurídica de regência. É o reconhecimento da falibilidade do sistema.

Não parece ser mais tolerável a convivência social com o processo ineficaz. Não se concebe mais que, por vezes, processos até mesmo simples gerem tanta seiva discursiva e que, ao final, a parte processual não receba tudo aquilo que veio ao judiciário

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 236.

buscar, não porque lhe falte razão, mas porque o Estado é ineficiente em fazer valer aquilo que ele próprio conferiu à parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2004.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Editora Atlas. 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11.^a Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006/2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. Temas de direito processual*. 4.^a série. São Paulo: Editora Saraiva. 1989.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Impossibilidade de prisão civil do réu na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa certa ou incerta (art. 461 e 461-A do CPC)*. São Paulo: Complexo jurídico Damásio de Jesus. Maio de 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coordenador). São Paulo: Editora Atals. 2004

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva. 2.^a Edição. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso a justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto alegre: Fabris Editores, 1988.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 15 fev. 2010

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. Bahia: Editora Jus Podium. 2009.

_____; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José;. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Vol. 5. Bahia: Editora Jus Podium. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7.^o edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *A crise do processo de execução*. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, n.º 2.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o Contempt of Court*. RePro n.º 102, abr/jun. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

_____. *Controle do poder executivo do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.º 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5974>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil. Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. V. 3.

MEDINA, José Garcia. *Execução Civil. Teoria Geral. Princípios Fundamentais*. 2.ª Edição. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 206, abril.2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo XII: arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Prisão Civil por descumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar*. Salvador: UNIFACS. Faculdade de Direito de Salvador / BA. Setembro de 2006. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_setembro2006/discente/dis3.doc>.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4.ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega coisa*. 2.ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O prosseguimento da reforma processual*. *Revista de Processo*, n.º 95.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto: comentários aos artigos 81 a 90*. 5.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998. p. 659.

_____. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461, CPC) Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva. 1996.