



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Artigo 461 § 5º do Código de Processo Civil – Das medidas coercitivas

Juliana Emmerick de Souza Mendonça

Rio de Janeiro

2009

JULIANA EMMERICK DE SOUZA MENDONÇA

Art. 461 § 5º do Código de Processo Civil – Das medidas coercitivas

Artigo Científico Jurídico apresentado
como exigência final da disciplina
Trabalho de Conclusão de Curso à Escola
da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ

Orientadores:

Prof.: Nelson Tavares, Néli Fetzner e
Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

ARTIGO 461 § 5º do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DAS MEDIDAS COERCITIVAS

Juliana Emmerick de Souza Mendonça

Resumo: O presente trabalho visa analisar o instituto das medidas coercitivas, inserido no art. 461 § 5º do CPC, as quais são impostas pelo juiz para efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Medidas coercitivas. Medidas atípicas. Medidas de apoio. Medida inominada. Tutela específica. Resultado prático equivalente. Multa. Prisão civil.

Sumário: Introdução. 1 Art. 461 § 5º do Código de Processo Civil (medidas coercitivas) - aspectos gerais. 2 Dos mecanismos sub-rogatórios ou coercitivos. 3 Do princípio da proporcionalidade como critério norteador para exame do cabimento e para escolha da medida coercitiva. 4 Da multa como medida coercitiva. 5 Da possibilidade de modificação ou revogação da multa anteriormente aplicada que se mostrou ineficaz ou já não é mais necessária. 6 Da possibilidade de o juiz revisar retroativamente o valor da multa. 7 Do enriquecimento sem causa do credor decorrente do longo lapso temporal de incidência da multa. 8 Da (in)eficácia da imposição de multa ao particular, à pessoa jurídica de direito privado e ao Poder Público. 9 Do limite ao poder geral de efetivação conferido ao juiz no art. 461 § 5º do Código de Processo Civil. 10 Da inovação das medidas de apoio: pagamento da multa pelo presentante de determinada pessoa jurídica de direito privado ou pelo próprio agente público, intervenção judicial da Administração Pública, bloqueio de verbas públicas e sanção premial. 11 Da controvérsia acerca da prisão civil do devedor como medida inominada. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca o estudo das medidas coercitivas, ou também chamadas de medidas de apoio, ou ainda, medidas atípicas, previstas no art. 461 § 5º do Código de Processo Civil.

Numa visão geral dos últimos tempos, foi possível perceber que a tradição do Estado Liberal no sentido de que não se poderia interferir nas relações jurídicas para assegurar a execução da tutela específica foi abandonada. A idéia de que a esfera individual era intangível, só podendo a sanção recair sobre o patrimônio do devedor e não sobre este, foi rompida por revelar-se ultrapassada. Assim, o legislador, atento a esta circunstância, começou a relativizar o princípio de que ninguém pode ser compelido a prestar um fato contra a sua vontade e possibilitou, nos casos de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, a imposição da tutela específica.

E mais, o legislador antecipou-se à ocorrência dos danos, prevendo meios hábeis a impedir ou remover o descumprimento obrigacional, em prol da tutela inibitória das obrigações e em detrimento da tutela ressarcitória. Tal postura do legislador nada mais é do que a aplicação do princípio da efetividade da jurisdição, isto é, concede-se poderes aos magistrados para combaterem a inércia do obrigado e a sua resistência em adimplir a prestação que originariamente pactuou. Buscou-se com essa elogiável evolução uma prestação jurisdicional ideal em que foram estabelecidos meios para a efetiva concessão ao credor daquilo que o réu se recusou a adimplir, ao invés de contabilizar o prejuízo para posterior ressarcimento.

Este estudo demonstrará, ainda, que a fixação de multa, bastante utilizada na praxe forense, nem sempre é a melhor opção de medida coercitiva a ser imposta, pois dependendo do caso concreto, não atenderá o princípio da proporcionalidade em sua plenitude e, conseqüentemente, não irá coagir o demandado a cumprir a tutela específica. Sem contar que após decorrido certo período de sua incidência, o que demonstra que a sua fixação não se prestou ao seu papel coercitivo, pode tornar-se extremamente excessiva. A partir daí, questiona-se se haverá ou não enriquecimento sem causa do credor e se o juiz poderá reduzir ou não o montante total da multa retroativamente.

A ineficácia da fixação de multa como medida coercitiva fica ainda mais evidente quando o Poder Público é o demandado. Em síntese, tal se dá por alguns fatores: primeiro porque não é o administrador quem irá pagar a multa, mas sim os cofres públicos, ou seja, os próprios cidadãos; segundo porque o pagamento dos credores do Poder Público, com exceção dos débitos considerados de pequeno valor (até 40 salários-mínimos no âmbito estadual, nos termos do art. 87, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) se dá pelo sistema de precatório, o qual, sabe-se que é demasiadamente demorado e, por fim, de acordo com os arts. 100 § 1º da Constituição Federal e 2º - B da Lei nº 9.494/97, a sentença que tenha por objeto a liberação de recursos públicos somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado, não sendo admitida, portanto, a execução provisória, ou seja, demanda tempo.

Nessa perspectiva, busca-se analisar, de forma crítica e inovadora, diferentes possibilidades de medidas de apoio que realmente se mostrarão eficientes para cada caso concreto. Ainda nesse contexto, será analisado se há algum limite ao poder geral de efetivação conferido ao magistrado na imposição de medidas de apoio ou se, de acordo com sua criatividade, ele poderá impor medidas atípicas, tais como, prisão civil do devedor e pagamento da multa pelo agente público ou pelo presentante de determinada pessoa jurídica de direito privado.

Objetiva-se apresentar ao leitor um estudo no que tange às medidas coercitivas, apontando os casos pontuais em que a fixação de multa como medida atípica é ineficaz e inadequada, bem como abordando eventuais controvérsias acerca da possibilidade de imposição da prisão civil do devedor e do pagamento da multa pelo agente público ou pelo presentante de determinada pessoa jurídica como medidas coercitivas.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: art. 461 § 5º do Código de Processo Civil (medidas coercitivas) – aspectos gerais; dos mecanismos subrogatórios ou coercitivos; do princípio da proporcionalidade como critério norteador para exame do cabimento e para escolha da medida coercitiva; da multa como medida coercitiva; da possibilidade de modificação ou revogação da multa anteriormente aplicada que se mostrou ineficaz ou já não é mais necessária; da possibilidade de o juiz revisar retroativamente o valor da multa; do enriquecimento sem causa do credor decorrente do longo lapso temporal de incidência da multa; da (in)eficácia da imposição de multa ao particular, à pessoa jurídica de direito privado e ao Poder Público; do limite do poder geral de efetivação conferido ao juiz no art. 461 § 5º do Código de Processo Civil; da inovação das medidas de apoio: pagamento da multa pelo presentante de

determinada pessoa jurídica de direito privado ou pelo próprio agente público, intervenção judicial da Administração Pública, bloqueio de verbas públicas e sanção premial; da controvérsia acerca da prisão civil do devedor como medida inominada; conclusão. A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Resta saber, assim, a contribuição que essas medidas atípicas podem trazer à sociedade, uma vez que sendo impostas de forma correta, levando-se em consideração as peculiaridades do caso, é possível pressionar o demandado, seja pessoa natural, pessoa jurídica ou Poder Público, ao cumprimento específico da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa.

ART. 461 § 5 ° DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (MEDIDAS COERCITIVAS) – ASPECTOS GERAIS

Para melhor situar o tema, necessário explicar que o Direito Processual Civil, em sua evolução histórica, passou por importantes reformas, cujo pano de fundo era a busca pela efetividade da prestação jurisdicional e a despatrimonialização, que consiste na desvinculação do direito da idéia de patrimônio, isto é, abandona-se a falsa idéia de que a resolução em perdas e danos seria a única solução para as obrigações de fazer ou não fazer eventualmente descumpridas. A tutela meramente ressarcitória passa a se revelar inadequada.

A reforma de 1994 foi decisiva nesse ponto. Através da Lei 8.952/94, implementou-se a tutela específica das obrigações, contratuais ou legais, de fazer ou não fazer. De acordo com essa reforma, a tutela específica somente não poderia ser concedida em dois casos: i) se o credor não quisesse ou preferisse o ressarcimento pecuniário e; ii) se fosse impossível a prestação na forma específica. Inverte-se, portanto, o quadro: o credor passa a ter a opção entre a conversão em perdas e danos, sendo a regra a tutela específica da obrigação assumida.

Não se pode esquecer que esta reforma processual de 1994 inspirou-se no art. 84 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). O citado dispositivo,

pioneiramente, criou mecanismos eficientes para obter a tutela específica dessas obrigações de fazer e não fazer nas relações de consumo e o art. 461 do Código de Processo Civil é, basicamente, a reprodução daquele. Vê-se, portanto, que o direito caminha em busca da efetividade e de uma resposta mais eficiente aos anseios do credor com o fim de garantir-lhe a tutela específica.

Pelo princípio da primazia da tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, deve-se buscar dar ao credor exatamente aquilo que ele obteria se o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação que lhe cabia. Nesse sentido, o magistrado, pautando-se no princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), e nos sub-princípios: i) adequação; ii) necessidade ou exigibilidade e; iii) proporcionalidade em sentido estrito, desempenhará importante e decisivo papel na escolha dos meios coercitivos que, uma vez impostos corretamente, terão o condão de pressionar psicologicamente o demandado a satisfazer a obrigação.

Para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, estabelece o art. 461 § 5º do Código de Processo Civil que o juiz poderá “de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão...” .

Da leitura do artigo, percebe-se de imediato, que o legislador processual civil, conforme explanado anteriormente, procurou afastar, ao máximo, a chamada tutela ressarcitória (conversão em perdas e danos), tendo em vista que tanto a tutela específica como o resultado prático equivalente, previstos como formas de satisfação do credor, se contrapõem àquela. De acordo com o art. 461 § 1º do Código de Processo Civil “ 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”.

A distinção entre tutela específica e obtenção do resultado prático equivalente, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2007), citando Eduardo Talamini é que a tutela específica consiste na busca do resultado final através da conduta do próprio demandado. É ele próprio quem irá satisfazer a obrigação originariamente pactuada, enquanto que na obtenção do resultado prático equivalente, o resultado final é obtido por outrem que não o próprio demandado.

Retomando a análise do dispositivo legal em exame, a expressão “tais como” não deixa dúvida quanto ao seu valor meramente exemplificativo e não exaustivo. Daí decorre que o sistema processual civil passa a autorizar o uso de medidas atípicas. Consoante Marcelo Lima Guerra (1999, p. 62) “na cláusula “medidas necessárias tais

como” reside autêntica norma de encerramento – daí decorre que não só se admitirão aquelas medidas nominadas no dispositivo mas qualquer outra, *atípica*, que seja necessária para debelar a resistência (...)”.

Esse poder geral de efetivação conferido ao juiz é reforçado por uma interpretação conforme à Constituição. De acordo com o princípio da interpretação conforme à Constituição, existindo mais de uma interpretação possível para a mesma norma, deve prevalecer a que tenha compatibilidade com a Constituição e, ainda, a norma deve ser interpretada de modo a dar máxima efetividade aos direitos fundamentais. Nessa esteira, sendo a tutela efetiva um direito fundamental que consiste na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação de um direito, se o art. 461 § 5º do Código de Processo Civil fosse interpretado restritivamente, considerando-se o rol taxativo, haveria total limitação a um direito fundamental, o que seria inadmissível diante de uma interpretação conforme.

Insta consignar que até o advento da Lei 8.952/94, a multa diária era o único meio coercitivo disciplinado no Código de Processo Civil para a tutela das obrigações de fazer ou não fazer. Vê-se, portanto, que a possibilidade de o juiz impor medidas coercitivas atípicas adequadas às peculiaridades do caso concreto representa um avanço de grande valia, já que, como se demonstrará mais adiante, nem sempre a multa diária se mostra como meio coercitivo eficaz capaz de influenciar a vontade do réu.

Em estudo sobre o tema, o brilhante processualista Candido Rangel Dinamarco, citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2007) explica que a partir do art. 461 do Código de Processo Civil, o sistema processual passa a ter duas formas de execução: a primeira, a execução tradicional (execução por sub-rogação) em que prepondera a tutela ressarcitória, de modo que medidas de constrição incidem sobre o patrimônio do devedor em busca da satisfação do credor. Note-se que, nesse caso, a conduta do devedor é irrelevante, uma vez que o ressarcimento será alcançado independentemente da conduta daquele. A segunda forma de execução, é a execução consistente em pressionar o obrigado e persuadi-lo a cumprir exatamente o que foi avençado (execução por coerção). É nesta forma de execução, ou seja, na execução por coerção que as medidas inominadas ganham importante papel de relevo.

DOS MECANISMOS SUB-ROGATÓRIOS OU COERCITIVOS

De acordo com o art. 461 § 5º do Código de Processo Civil, para assegurar o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz fica autorizado a empregar tanto os mecanismos sub-rogatórios, como os coercitivos.

Através dos meios sub-rogatórios, a tutela executiva é prestada sem qualquer colaboração do devedor, exclusivamente pela atividade dos órgãos jurisdicionais. É a chamada obtenção do resultado prático equivalente que foi explanada anteriormente. Já através das medidas coercitivas, se obtém a tutela executiva com o cumprimento do devedor, induzido por coerção indireta. É denominada efetivação da tutela específica.

Em tese, independentemente de a obrigação de fazer ou não fazer classificar-se como fungível ou infungível, o juiz poderá utilizar meios coercitivos ou sub-rogatórios, pois o diploma processual não faz qualquer distinção e onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Apenas para relembrar, obrigação fungível é aquela em que outra pessoa pode dar-lhe cumprimento sem prejuízo ao credor (art. 249 do Código Civil), enquanto obrigação infungível é aquela que obrigatoriamente só pode ser prestada pelo próprio devedor. Essa infungibilidade pode ser dar por natureza ou por convenção.

Muito embora o Código de Processo Civil não faça qualquer distinção entre obrigações fungíveis ou infungíveis para fins de aplicação de medidas coercitivas ou sub-rogatórias, por razões lógicas, em se tratando de obrigações infungíveis, ou seja, quando só pode ser realizado pelo próprio devedor, só resta ao juiz utilizar-se das medidas coercitivas; em se tratando de obrigações fungíveis, o magistrado decidirá entre o uso de medidas coercitivas ou sub-rogatórias. Assim sustenta o ilustre processualista Barbosa Moreira citado por Marcelo Lima Guerra (1999, p.180 e 181): “O campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação infungível”. Isso porque se a prestação fosse fungível, seria perfeitamente possível oferecer ao credor o resultado prático equivalente, sem que dependa, para tanto, da colaboração do devedor. Nesse sentido, não haveria razão para exercer pressão sobre a vontade do obrigado para que ele mesmo cumpra a obrigação, uma vez que esta pode ser satisfeita por meio de outra pessoa.

No caso das obrigações fungíveis em que o juiz, consoante juízo de ponderação, decidirá entre o uso de medidas coercitivas ou sub-rogatórias se questiona acerca de uma ordem de preferência entre o uso das medidas coercitivas (execução indireta) e as sub-rogatórias (execução direta). Não existe uma ordem de prioridade pré-estabelecida. A opção pelo juiz da utilização de um ou outro mecanismo, ou até mesmo de ambos, ou, ainda, optando pelo uso da medida coercitiva, a escolha de qual deve ser utilizada só pode ser determinada através de um juízo de proporcionalidade que leve em consideração as circunstâncias concretas de cada caso. Dessa forma, recorre-se à regra da proporcionalidade.

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO NORTEADOR PARA EXAME DO CABIMENTO E PARA ESCOLHA DA MEDIDA COERCITIVA

O princípio vertente, que se subdivide em adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, servirá de norte para o magistrado em sua decisão judicial sobre o cabimento e a escolha de uma medida coercitiva. De acordo com a sub-regra da adequação, a medida coercitiva é adequada quando for capaz de exercer pressão sobre a vontade do devedor de modo a induzi-lo a cumprir a prestação devida; no tocante à sub-regra da exigibilidade, o juiz deve sempre optar pelo mecanismo que resulte menos prejuízo ao devedor; e, finalmente, pela proporcionalidade em sentido estrito deve-se buscar a solução que melhor atenda os valores em conflito.

À guisa de exemplo e para melhor visualizar a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de que a cobrança indireta no campo fiscal é inconstitucional por violar a sub-regra da adequação. Os verbetes de súmula nº 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, em suma, impedem a adoção de providências destinadas a obstar a atividade empresarial ou profissional do contribuinte em débito enquanto não fosse pago o tributo. De acordo com o verbatim nº 70, o estabelecimento não pode ser interdito como meio coercitivo para cobrança de tributos. Nos termos do verbatim nº

323, mercadorias não podem ser apreendidas como forma de pressionar o devedor a pagar tributos. Ainda, conforme o verbete nº 547, a autoridade não pode embaraçar as atividades profissionais do contribuinte em débito. Toda essa preocupação jurisprudencial se dá porque impedir a empresa ou o profissional de operar regularmente afastaria, ainda mais, a possibilidade de compor a dívida em total incompatibilidade com o fim visado, ofendendo a máxima da adequação. O meio de coerção não deve inviabilizar o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de se tornar inútil.

DA MULTA COMO MEDIDA COERCITIVA

Como se viu, até o advento da Lei 8.952/94, a multa era o único meio coercitivo disciplinado no Código de Processo Civil para a tutela das obrigações de fazer ou não fazer. Após a reforma do CPC, além da inserção das medidas inominadas, o legislador conferiu melhor disciplina a essa medida, já que previu a possibilidade de o juiz fixá-la *ex officio* (art. 461 § 4º do Código Processo Civil).

Vale ressaltar, que o valor da multa não é ato discricionário do juiz. Este deve estar sempre atento às balizas fornecidas pelo princípio da proporcionalidade e às peculiaridades do caso concreto.

Releva notar que a multa é medida coercitiva, não tendo, portanto natureza compensatória ou ressarcitória e nem de penalidade. Tal se infere do parágrafo 2º do art. 461 do diploma processual civil segundo o qual “ a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”. Nessa linha de raciocínio, Dinamarco citado por Marcelo Lima Guerra (1999, p.189) leciona que “a cumulabilidade entre multa e perda-e-danos é a consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente”.

Dada a natureza da multa, conclui-se que ela não pode ser imposta automaticamente. Como toda medida coercitiva, deve ela ser submetida ao juízo de ponderação com todos os seus desdobramentos. O juiz da causa deverá analisar a

adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Isso significa dizer que a multa não deve ser imposta, por exemplo, quando for impossível o cumprimento da tutela específica ou quando o devedor for insolvente. Nessas situações a multa não se revelaria adequada. O mesmo se diga para a hipótese em que a obrigação só possa ser adimplida no mês seguinte, como ocorre, v.g., nos casos de retificação de uma fatura mensal e o juiz fixe multa diária desde já. Enfim, em todos esses exemplos, a utilização da multa configuraria um uso desvirtuado, convertendo-a em mera punição ao devedor. Marcelo Lima Guerra (1999, p.193) adverte que “o ordenamento só autoriza a utilização da multa diária para compelir o devedor a adimplir e não para impor-lhe uma pena pelo inadimplemento”.

Ainda, poderia surgir a seguinte indagação: pode ser imposta multa contra o beneficiário da justiça gratuita? A resposta positiva se impõe, pois além de a gratuidade de justiça não alcançar o pagamento da multa, pensar o contrário seria retirar toda e qualquer força coercitiva que resta na aplicação dessa medida. Sem contar que todos aqueles beneficiários da justiça gratuita estariam cientes de que poderiam descumprir tranquilamente suas obrigações, dada a certeza que teriam no sentido de que a imposição da multa contra eles seria totalmente inócua. Certamente não foi essa a intenção do legislador ao prever a possibilidade de o juiz cominar multa como medida coercitiva. Aliás, a multa só é aplicada em virtude de uma resistência indevida por parte daquele que tem o dever de cumprir a prestação e se faria letra morta se lhe fosse retirada a sua natureza coercitiva.

DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO DA MULTA ANTERIORMENTE APLICADA QUE SE MOSTROU INEFICAZ OU JÁ NÃO É MAIS NECESSÁRIA

Andou bem o legislador ao reconhecer, expressamente, que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (art. 461 § 6º do Código de Processo Civil). Justifica-se essa previsão em virtude do constante controle quanto à adequação e exigibilidade que o juiz

deve exercer sobre a multa imposta. Com isso, a multa sempre guardará relação com a situação fática. Tal se dá, repita-se, ao fato de que a multa tem natureza coercitiva e não punitiva. Assim, sem que haja violação ao princípio da correlação ou congruência (arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil), o juiz poderá aumentar o valor e/ ou periodicidade da multa se verificar que se tornaram insuficientes diante da persistência do réu em descumprir o comando judicial, ou então reduzi-los, se verificar que se tornaram excessivos ou, até mesmo, revogar a multa . Tudo isso em busca da eficácia da medida coercitiva escolhida.

Pelos mesmos motivos, é possível também que a multa diária não seja diária. Pode parecer contraditório, mas apesar do *nomem iuris*, o juiz poderá adotar outra unidade de tempo, tal como semanal, mensal, etc, enfim o que se revele mais adequado e exigível ao caso concreto, conforme manda o juízo de ponderação.

Interessante também, é a própria decisão que fixa a multa já prever o seu aumento progressivo conforme persista o descumprimento.

Na doutrina, há certa controvérsia quanto a esse poder conferido ao juiz. Alguns posicionamentos doutrinários são citados por Marcelo Lima Guerra (1999). Segundo este autor, Ernane Fidélis dos Santos sustenta que é forçoso que a alteração somente ocorra quando houver modificação do estado de fato. O doutrinador Nelson Nery Jr. compartilha esse posicionamento e complementa dizendo que não há que se falar em ofensa à coisa julgada, pois, na verdade, a decisão ou a sentença que fixa o valor da multa diária é revestida pela cláusula *rebus sic standibus*. Isto significa que a imutabilidade persiste enquanto as coisas permanecerem no estado em que se encontravam quando foi prolatada a decisão. Com relação à coisa julgada, Eduardo Talamini aponta fundamento diverso para defender que esse aumento progressivo da multa em caso de insistência do devedor no descumprimento da obrigação não ofende a coisa julgada. Para esse doutrinador (2003, p. 250), “a imutabilidade da coisa julgada recai sobre a pretensão que foi acolhida—ou seja, sobre a determinação de que se obtenha o resultado específico a que tenderia a prestação que foi descumprida. Não abrange o valor da multa, nem mesmo sua imposição”.

O ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco também defende que a redução da multa só pode ocorrer diante de mudanças fáticas. No entanto, ele entende que essa limitação não se aplica quando for o caso de elevação do valor da multa.

Note-se que a doutrina consente quanto a um ponto comum: só haverá modificação, seja para diminuição, seja para elevação do valor e/ou periodicidade da

multa se ocorrer mudança no quadro fático, já que é preciso que a medida coercitiva adotada esteja em constante sintonia com o caso concreto para que seja realmente capaz de exercer pressão psicológica no demandado, induzindo-o a cumprir o seu dever o quanto antes.

Ainda, quando a execução se fundar em título executivo extrajudicial e neste já estiver prevista a multa, segundo parte da doutrina, o seu valor só poderia ser modificado pelo juiz para reduzi-lo, mas não para aumentá-lo em respeito à declaração de vontade posta pelas partes.

Por outro lado, há quem entenda o posicionamento acima não deve prevalecer porque vincular os poderes do juiz à vontade das partes não se coaduna com o caráter público do instituto, cuja finalidade principal é a garantia da efetividade da tutela jurisdicional. Mais uma vez, Eduardo Talamini (2003) explica com clareza que a multa contratual é instrumento de direito material, se destina a incentivar o cumprimento tempestivo da obrigação e incide desde o descumprimento da obrigação, enquanto que a multa fixada pelo juiz é instrumento processual destinado a garantir a efetividade da tutela jurisdicional e somente incide após o prazo estabelecido no comando judicial para cumprimento da obrigação. Portanto, é perfeitamente possível que o juiz, diante da insuficiência da multa contratual, acresça outro, de índole processual. Dessa forma, não haverá a majoração da multa contratual, mas o acréscimo de outro mecanismo, agora, de natureza processual.

DA POSSIBILIDADE DE O JUIZ REVISAR RETROATIVAMENTE O VALOR DA MULTA

Outra divergência apontada pela doutrina diz respeito a possibilidade de o juiz reduzir ou aumentar retroativamente o valor da multa.

A primeira corrente, defendida pelo processualista Alexandre Câmara, afirma que o juiz não pode aumentar e nem reduzir o valor da multa retroativamente. Não pode reduzir retroativamente porque o valor já estava incorporado ao patrimônio do credor e não pode aumentar retroativamente pelo princípio da não surpresa. Daí conclui-se que a

multa só pode ser revista *ex nunc*. Eduardo Talamini (2003) também se mostra adepto a esse posicionamento doutrinário.

Uma segunda corrente diz ser possível a redução retroativa, mas não o aumento retroativo. Esse aumento retroativo criaria uma situação de supresa ao devedor.

A jurisprudência, via de regra, admite a redução retroativa da multa em atenção aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, conforme se verifica em recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de nº 2009.002.12840 (DJ 13/04/09); 2009.002.10496 (DJ 03/04/2009); 2009.002.07994 (DJ 02/04/2009); entre outros.

DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO CREDOR DECORRENTE DE LONGO LAPSO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DA MULTA

O enriquecimento sem causa do credor decorrente do extenso lapso temporal de incidência da multa ocorre em virtude da seguinte problemática: o réu não cumpre a prestação; esta, por sua vez, é tida como infungível, não podendo ser cumprida por terceiros (meios sub-rogatórios) e o autor insiste (o que é de direito) em obter a tutela específica, não optando pela conversão em perdas e danos.

Colaborando com o presente estudo, Eduardo Talamini (2003, p. 255) pondera “não ser possível que o próprio provimento que comina a multa, desde logo, defina um período fixo de tempo, dentro do qual a multa incidirá. Isso retiraria a eficácia da medida coercitiva”.

Então, como solucionar essa questão em que de um lado o réu insiste em não cumprir o seu dever e de outro lado o autor quer o resultado específico, não optando pela conversão em perdas e danos?

A doutrina diverge quanto ao tema.

Há quem diga que a multa não poderá incidir indefinidamente, logo, cabe ao juiz, verificando que a multa não atingiu sua finalidade coercitiva, e que, portanto, é inadequada (sub-princípio da adequação) cessar a sua incidência. É o que sustenta Marcelo Lima Guerra citado por Eduardo Talamini (2003).

Ainda, Vicente Greco Filho, mencionado na obra supra-citada (2003), acrescenta que, além da cessação da multa, a solução seria a conversão em perdas e danos, reputando como caracterizada a impossibilidade da tutela específica, muito embora, em verdade, ela seja materialmente possível.

Note-se que ambos autores afirmam que a multa deve cessar nessas hipóteses, o que está em perfeita consonância com a natureza jurídica desta. Relembre-se que a multa é medida coercitiva, não tendo, portanto natureza compensatória e punitiva.

Criticando o entendimento exposto anteriormente, Eduardo Talamini (2003) defende que a multa deve continuar a incidir mesmo diante da persistência do demandado em não cumprir o resultado específico, pois “ não parece correto afirmar que a simples insistência do réu em descumprir baste para impor a cessação da incidência da multa”. Para ele, se fosse assim, seria forçoso reconhecer que a multa era inadequada desde o início, pois já existia a intenção em descumprir. A inadequação deve ser superveniente e não originária, constata o autor. Assim, não advindo qualquer outro fator externo (v.g. insolvência do devedor), a multa deve continuar a incidir, posto que “ fazê-la cessar significaria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de “enriquecimento sem causa” gerada pela incidência ilimitada da multa”.

Por outro lado, reforçando o primeiro entendimento, é importante consignar que ao se verificar que a multa imposta não é eficaz, o juiz deve sim fazer cessar a sua incidência e buscar outra medida de apoio eficiente. Repita-se: a multa tem caráter coercitivo, não serve para reparar o dano e nem para punir o devedor inadimplente. Para tanto, o Código de Processo Civil prevê a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Essa sim é verdadeira punição por desobediência no âmbito processual civil.

Não há problema algum em reconhecer que a cessação da multa consistirá em constatar que ela foi inadequada desde o início. Não se pode esquecer que o magistrado, quando da escolha da medida coercitiva, tem o auxílio de balizadores (juízo de ponderação e sub-regras) que não são critérios absolutos e precisos como um simples cálculo aritmético. Dessa forma, é crível que, em princípio, o juiz entenda que a fixação da multa se mostre eficaz e posteriormente verifique que não o é. Assim, de nada adianta persistir no mesmo equívoco, pois isso resultaria apenas em um valor exorbitante. É muito mais razoável escolher outra medida de apoio. E não se diga que com isso estar-se-ia premiando o réu, pois ele continuaria obrigado a cumprir a tutela

específica, além de ter que pagar o montante da multa até então incidida. Sem contar na possibilidade de imposição da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição.

DA (IN)EFICÁCIA DA IMPOSIÇÃO DE MULTA AO PARTICULAR, À PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO E AO PODER PÚBLICO

É fato que, em algumas situações a multa se mostra ineficaz. Tanto é assim que existem casos em que a multa atinge um valor tão exorbitante, que o juiz é praticamente forçado a fazer cessar sua incidência. E isso se dá justamente por não ter sido capaz de exercer pressão psicológica no devedor. Para alguns devedores, notadamente pessoas jurídicas e o Poder Público, é mais vantajoso continuar descumprindo a obrigação originária.

A medida coercitiva é um mecanismo de pressão psicológica, devendo ser imposta contra uma vontade. As pessoas jurídicas e o Estado não têm vontade própria, pelo que impor multa contra eles tende a ser inútil.

Convém recordar o que já foi dito por ocasião do tópico “Da multa como medida coercitiva” no sentido de que em se tratando de devedor pessoa natural, a multa pode não se revelar adequada, razão pela qual não deve ser imposta. É o que ocorre, por exemplo, quando for impossível o cumprimento da tutela específica ou quando o devedor for insolvente.

Diante da constatação de que jamais será possível obter a tutela específica, não faz sentido algum que o magistrado fixe multa pelo não cumprimento dessa obrigação. Sem contar que se fosse fixada, essa multa atingiria um valor exorbitante que não se justificaria, pois em nada colaboraria para o alcance da tutela específica (tutela esta cujo cumprimento é impossível), além de gerar desgates para as partes da demanda que certamente controverteriam sobre tal valor, o demandado, pela redução retroativa e o demandante pelo pagamento do valor até então acumulado. Acarretaria, igualmente, desgaste para o juiz desta causa, tendo em vista que ele teria que enfrentar, obrigatoriamente, grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da

possibilidade de redução retroativa do montante que a multa gerou até o presente momento.

Na hipótese de ser o devedor insolvente, a fixação de multa com vistas a forçar o cumprimento da obrigação pactuada em nada abalaria o devedor.

É sabido que a insolvência caracteriza-se pela inferioridade do ativo em relação ao passivo. Em outras palavras, é a insuficiência de bens, de modo que o devedor não se mostra em condições de pagar seus credores. Assim sendo, a multa não se revelaria adequada ao devedor nessas circunstâncias, tendo em vista que se ele não possui ativo suficiente para pagar todos os seu credores, seguramente não o terá também para pagar a multa fixada.

A ineficácia da imposição de multa também pode ser facilmente percebida no caso de pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que é o patrimônio da sociedade que será atingido pela medida.

Em que pese ser cabível ação regressiva em face do agente causador da incidência da multa, atentamente observa Marcelo Lima Guerra (2003) que se o agente causou a incidência da multa, é porque a ele cabia o cumprimento da prestação devida e para tanto, ele necessariamente tinha que deter o poder de direção dentro da pessoa jurídica devedora. Nesse raciocínio, à pessoa que detém o poder de direção (e que também causou a incidência da multa) compete a propositura dessa ação regressiva que obviamente sempre será “retardada por manobras políticas, inclusive com a saída de tal dirigente”, tornando-se “tão remota a possibilidade dessa ação regressiva, que a ameaça de multa é reduzida drasticamente”.

Em sendo pessoa jurídica de direito público, a ineficácia da multa como medida de coerção se mostra ainda mais evidente, haja vista que não é administrador causador da incidência da multa que irá pagá-la, mas os cofres públicos. Note-se: não é o administrador quem irá pagar a multa, mas sim os cofres públicos, ou seja, os próprios cidadãos. Somente em caso de responsabilidade civil do agente público é que caberá a este ressarcir o erário, quando verificada sua atuação dolosa ou culposa.

Ademais, o pagamento dos credores do Poder Público, com exceção dos débitos considerados de pequeno valor (até 40 salários-mínimos no âmbito estadual, nos termos do art. 87, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) se dá pelo sistema de precatório, o qual, sabe-se que é demasiadamente demorado e, por fim, de acordo com os arts. 100 § 1º da Constituição Federal e 2º - B da Lei nº 9.494/97, a sentença que tenha por objeto a liberação de recursos públicos somente poderá ser

executada após o seu trânsito em julgado, não sendo admitida, portanto, a execução provisória, ou seja, demanda tempo.

DO LIMITE AO PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO CONFERIDO AO JUIZ NO ART. 461 § 5º DO CPC

Atualmente, percebe-se uma tendência à ampliação dos poderes executivos do juiz, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta.

Tudo isso em virtude da impossibilidade de o legislador prever as medidas executivas adequadas para cada caso. Inúmeras e variadas situações de conflito se renovam a cada dia, e, obviamente, fica impossível o legislador acompanhar tal evolução, razão pela qual o poder de conceder a medida executiva necessária e adequada foi transferida ao magistrado.

Oportuna a lição de Luiz Guilherme Marinoni, que em seu artigo “ O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos direitos fundamentais” (2004, p.41), explica que o juiz não pode ficar subordinado somente ao que está expressamente previsto em lei. Para o autor, “se fosse aceitável a tese de que a tarefa do juiz está subordinada à expressa previsão de meio executivo, a legislação processual poderia negar-lhe as ferramentas necessárias para o cumprimento do seu dever e para o respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.

Não é outra senão essa a razão de o legislador processual, no art. 461 § 5º do Código de Processo Civil, lançar mão de uma cláusula geral executiva, na qual estabelece um rol exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo juiz, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, utilizar-se da providência que entender necessária à efetivação da sua decisão judicial.

Noutra oportunidade, Luiz Guilherme Marinoni, em seu brilhante artigo “O controle do poder executivo do juiz”, (2005, p. 10), esclarece que diante da omissão legislativa, não pode o juiz se recusar ao seu dever de entrega da tutela jurisdicional. E o autor continua: “é equivocado imaginar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma

efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual capaz de atender ao direito material”.

Veja, então, que mesmo em caso de omissão ou insuficiência de previsão legislativa, persiste o dever do magistrado de julgar, dever este o qual ele não poderá jamais se esquivar, já que do lado oposto ao dever, está o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Mas uma dúvida pode surgir: existe algum limite a esse poder geral conferido ao magistrado?

Um limite sempre haverá, qual seja, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), afastando-se qualquer possibilidade de arbitrariedade na escolha da medida atípica. Além disso, não se concebe um poder sem que exista o controle do mesmo, motivo pelo qual haverá também o controle pelas partes, tendo em vista que toda decisão deve ser motivada, na forma do art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil. O juiz, na determinação da medida que entende mais idônea, deve justificar a sua escolha que, inevitavelmente, estará sujeita ao controle crítico das partes.

Todavia, importante mencionar que o princípio da congruência previsto nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil resta, neste ponto, mitigado, admitindo-se uma atuação de ofício pelo juiz que poderá impor uma providência executiva não requerida pela parte ou até mesmo distinta da que foi requerida.

Em nome do direito fundamental à tutela executiva, o legislador preferiu estabelecer a atipicidade dos meios executivos postos à disposição do magistrado, possibilitando à ele a imposição da providência que se revele mais efetiva à luz do caso concreto, razão pela qual, não faria sentido que essa decisão ficasse sujeita aos limites do pedido formulado pelo autor. Relativiza-se, com isso, mais um princípio, o da inércia da jurisdição (art. 2º do Código de Processo Civil). Nessa linha, não estaria o juiz adstrito à medida coercitiva requerida pelo autor, podendo ele impor outra medida. Mas, nada obsta que o autor, em sua petição inicial, faça sugestão da aplicação de determinada medida atípica.

Há quem defenda, inclusive, que o juiz, com base no art. 461 do Código de Processo Civil, não estaria adstrito ao pedido mediato da parte (prestação de fazer ou não fazer), ou seja, poderia o juiz deferir à parte uma prestação distinta daquela inicialmente pleiteada, desde que isso seja necessário para se alcançar o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Por outro lado, parte da doutrina defende que não se pode confundir a adstrição do juiz ao pedido mediato da parte com a sua não vinculação ao pedido de imposição de certa medida para a efetivação da prestação de fazer ou não fazer. Assim sendo, o juiz não estaria autorizado a julgar em desacordo com o pedido mediato do autor, impondo à parte adversa uma obrigação distinta da que foi pleiteada.

DA INOVAÇÃO DAS MEDIDAS DE APOIO: PAGAMENTO DE MULTA PELO PRESENTANTE DE DETERMINADA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO OU PELO PRÓPRIO AGENTE PÚBLICO, INTERVENÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS E SANÇÃO PREMIAL

Demonstrada a ineficácia da imposição da multa em certas hipóteses, não falta criatividade e ousadia aos doutrinadores e, até mesmo, a alguns magistrados na invenção de medidas outras que se mostrem efetivas e cumpram a mens legis.

A partir daí, alguns doutrinadores vislumbram, com base no artigo 461, parágrafo 5º do Código de Processo Civil, a possibilidade de aplicação da multa contra a própria pessoa natural responsável pelo descumprimento da obrigação, ao invés de impor multa à pessoa jurídica de direito privado.

Tal solução pode, inicialmente, parecer ilegal diante da possibilidade de uma decisão judicial atingir terceiros que não integram a relação processual. No entanto, a eficácia subjetiva da coisa julgada refere-se apenas às decisões finais e não às decisões emandas ao longo do processo com vistas a assegurar a tutela específica ou o resultado prático equivalente. Marcelo Lima Guerra (2003, p. 131) destaca que o juiz não pode entregar a tutela jurisdicional a quem não é parte do processo, mas “nada impede que, para chegar a esse resultado, o juiz depare-se com obstáculos representados pela ação ou omissão de terceiros, à ultrapassagem dos quais ele deve tomar medidas de força”. Ainda, o autor cita Chiovenda para o qual “deve-se dizer que o órgão jurisdicional pode remover coercitivamente os obstáculos, acaso opostos ao exercício de sua função, especialmente à execução de suas ordens”.

Já se demonstrou, do mesmo modo, que a imposição de multa ao Poder Público não funciona bem como medida de coerção. Para contornar tal situação, alguns autores propõem que a multa seja cominada ao próprio agente administrativo que seja responsável pelo cumprimento da obrigação tal qual ocorre com a pessoa jurídica de direito privado.

Outra sugestão apresentada pela doutrina seria a intervenção judicial da Administração Pública, afastando-se o administrador responsável e nomeando um administrador provisório para garantir o cumprimento da obrigação.

O Superior Tribunal de Justiça, em alguns julgados, não chegou a tanto, mas, na incumbência de preservar a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, acertadamente, já determinou o bloqueio ou seqüestro de verba pública necessária para compra de medicamentos, refutando a alegação da Administração Pública de que não tinha o referido medicamento em estoque. É o que se depreende dos precedentes de nº AgRg no REsp 1002335-RS, DJ 21/08/2008; AgRg no REsp 880955-RS, DJ 02/08/2007 ; REsp 834.678-PR, DJ 26/6/2007; AgRg no REsp 888.325-RS, DJ 29/3/2007; REsp 900487-RS, DJ 13/02/2007; REsp 853.880-RS, DJ 28/9/2006.

Existem, inclusive, precedentes que garantiram, através do bloqueio de verbas públicas, o custeio de tratamento especializado em estabelecimento de saúde para os dependentes de entorpecentes, como meio de efetivação dos princípios acima referidos.

Nessa hipótese, garantiu-se a aplicação subsidiária do art. 461 § 5º do Código de Processo Civil como forma de concretizar o disposto no art. 28 § 7º da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) segundo o qual é permitido ao juiz a determinação de que o Poder Público ofereça, gratuitamente, ao infrator estabelecimento de saúde para o tratamento especializado.

Portanto, não surtindo efeito a determinação judicial prevista na Lei de Drogas, poderá ser realizado o bloqueio de valores do Poder Público, até o limite que for necessário para garantir a materialização da finalidade prevista em lei.

Percebe-se facilmente que a norma contida no art. 461 § 5º do diploma processual civil deve ser aplicada em qualquer hipótese em que se mostrar necessária para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Em outras palavras, o direito é um sistema cujas normas se comunicam, se interagem e se completam, sempre com o fim de trazer a máxima utilidade aos seus objetivos traçados.

Destare, é válido observar que, diante de graves situações, o bloqueio das verbas públicas revela-se legítimo, razoável e válido, sendo perfeitamente possível que o

magistrado, no cumprimento da sua função de entrega da adequada tutela jurisdicional, excepcione a regra do precatório e da impenhorabilidade dos bens públicos, como foi feito nos precedentes mencionados anteriormente.

Se a lei, incumbiu o juiz de providenciar o que for necessário para garantir a efetividade na entrega da tutela jurisdicional, não poderá ele ficar “com as mãos atadas” quando houver resistência do Poder Executivo no cumprimento da ordem judicial. Razão pela qual, mais do que se justifica a medida adotada (bloqueio de verbas públicas) por diversas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, a doutrina aponta outra interessante sugestão que seria a cominação de uma sanção premial como meio coercitivo. De acordo com essa medida atípica, em vez de se buscar o cumprimento da obrigação inculcando medo ao devedor, a satisfação é buscada com a imposição de uma sanção positiva, que incentive o cumprimento, tal como ocorre na ação monitória, em que o pagamento feito à luz do mandado monitório libera o réu dos honorários e das custas do processo (art. 1102-C § 1º do Código de Processo Civil).

DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO MEDIDA INOMINADA

Um ponto extremamente controvertido na doutrina diz respeito ao cabimento da prisão civil como mecanismo de efetivação das decisões judiciais.

Na jurisprudência, essa controvérsia perdeu relevo, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, mudou seu posicionamento, entendendo pelo não cabimento da prisão civil por dívida, ressalvando apenas a prisão civil do devedor de alimentos.

A Suprema Corte admitia a prisão civil por dívida, o que era retratado pelo verbete de súmula 619 que dizia que a prisão do depositário judicial poderia ser decretada no processo em que se constituiu o encargo. Tal questão ganhou novos contornos por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário de número 466.343/SP em que os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Ricardo

Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram no sentido de declarar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Outro ponto extremamente relevante abordado nesse julgamento dizia respeito à força dos tratados internacionais sobre direitos humanos, concluindo-se pelo caráter supralegal, o que afastaria a prisão civil do devedor nos contratos de alienação fiduciária e do depositário infiel.

A par dessa nova orientação jurisprudencial, não se pode deixar de apresentar os inúmeros fundamentos postos pela doutrina no que tange à (in)admissibilidade da prisão civil imposta como medida coercitiva.

Parte considerável da doutrina não admite a prisão civil como medida inominada, argumentando que a própria Constituição Federal elencou taxativamente em seu artigo 5º, inciso LXVII as duas hipóteses de prisão civil por dívida, quais sejam, a do devedor de alimentos e a do depositário infiel. Sendo certo que, conforme já foi dito, o Supremo Tribunal Federal mudou sua orientação passando a entender pela inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel, restando apenas a prisão do devedor de alimentos como prisão civil, tendo em vista que o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, possui um status normativo supralegal, ou seja, é inferior à Constituição da República e superior às legislações internas e, portanto, torna inaplicável qualquer legislação infraconstitucional com ele conflitante.

Em nota de rodapé, Lise Nery Mota (2007, p.116) cita Eduardo Talamini que é adepto a essa primeira corrente sustentando que “se a Constituição estipulou duas hipóteses taxativas e exaustivas em que cabe prisão civil, não é possível que a legislação infraconstitucional (...) altere o alcance dessas exceções ampliando-o”. A autora assevera, ainda, que o ilustre processualista Barbosa Moreira abraça essa tese, pois segundo ele, a importante reforma processual de 1973 avançou ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da imposição de prestações pecuniárias ilimitadas nas hipóteses de descumprimento das condenações a fazer e a não fazer. E continua o mestre: “difícil ir além, sobretudo no que concerne a medidas de coerção pessoal (...) a Constituição da República só admite a prisão civil por dívida nos casos do “depositário infiel” e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar”.

Os defensores dessa corrente restritiva argumentam que a palavra “dívida” prevista artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal deve ser entendida em seu sentido amplo não se restringindo às dívidas pecuniárias. Tanto é assim que o constituinte se preocupou em elencar como exceção a prisão civil do depositário infiel

que não é uma prisão decorrente de dívida pecuniária. Se assim o fez é porque a regra é a vedação de qualquer prisão civil. Se a intenção do constituinte fosse dar a palavra “dívida” um sentido restrito, abrangendo apenas a dívida pecuniária, não seria necessário excepcionar a prisão do depositário infiel.

Noutro giro, parte importante da doutrina admite a prisão civil como medida atípica.

Segundo esses autores, a palavra “dívida” contida no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal possui caráter estritamente pecuniário. Tal conclusão se dá porque a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 150 § 17, previa que “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”. Assim, como foram enumerados institutos nitidamente monetários, o simples fato do constituinte de 1988 ter suprimido as outras expressões (multa e custas) não retira o caráter pecuniário da expressão mais abrangente (dívida).

A favor dessa posição, Luiz Guilherme Marinoni, mencionado em nota de rodapé por Lise Nery Mota (2007, p.121) pondera que “a Constituição veda apenas a prisão civil por dívidas, e não a privação da liberdade que visa à manutenção do poder do Estado”.

Ainda, contra-argumentando a tese de que a prisão civil do depositário infiel não tem cunho pecuniário e que, por isso, a expressão “dívida” deve ser entendida de forma ampla, os autores afirmam que mesmo a prisão do depositário infiel tem, na sua essência, caráter pecuniário, eis que a lei processual permite que o réu se libere da prisão depositando o valor da coisa objeto de contrato de depósito ou depósito judicial.

Outro argumento bastante forte a favor da tese restritiva que também é mencionado pelo processualista e professor Alexandre Câmara diz respeito à efetivação do direito fundamental à tutela executiva. Não há como negar que para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico seja possível a decretação da prisão civil como medida atípica.

Coadunando-se com essa linha de raciocínio, Marcelo Lima Guerra, mencionado por Lise Nery Mota (2007) assegura que a prisão civil é uma medida coercitiva comprovadamente eficaz e, por conseguinte, resguarda a tutela executiva que é um direito fundamental. E continua o autor argumentando que, no caso concreto, diante do conflito entre o direito fundamental à tutela executiva e outro direito fundamental, tal

como, a vida, a saúde, a proteção ao meio ambiente, entre outros previstos na Constituição da República, com mais razão se reforça a defesa do uso da prisão civil.

Ainda, na lição de Joaquim Felipe Spadoni, aludido por Lise Nery Mota (2007, p.101), se o cumprimento da obrigação depender única e exclusivamente da conduta do devedor “consistente em fazer ou não fazer algo ou em entregar uma coisa, o que independe de sua situação social e financeira, a restrição da liberdade como meio de coerção ao cumprimento da ordem judicial não é meio odioso ou excessivamente vexatório”.

Finalmente, forçoso verificar se a prisão civil atende ao princípio da proporcionalidade e suas sub-regras. Relembrando, de acordo com a sub-regra da adequação, a medida coercitiva deve exercer pressão sobre a vontade do devedor de modo a induzi-lo a cumprir a prestação devida; no tocante à sub-regra da exigibilidade, o juiz deve sempre optar pelo mecanismo que resulte menos prejuízo ao devedor; e, pela proporcionalidade em sentido estrito deve-se buscar a solução que melhor atenda os valores em conflito.

Quanto ao princípio da adequação, a prisão civil se mostrar consonante com o fim pretendido, tendo em vista que exercerá tamanha pressão psicológica capaz de induzir o inadimplente ao cumprimento da obrigação. Em relação à exigibilidade, a prisão civil será cabível nas hipóteses de obrigação infungível ou *intuitu personae* em que é impossível recorrer ao mecanismo da sub-rogação, já que a prestação só pode ser cumprida pelo próprio devedor. Assim, há de ser reconhecer que poucas possibilidades restam ao juiz nesses casos. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a prisão civil, em determinadas situações, se revela como a única medida coercitiva apta a melhor atender a garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, vedar o uso da prisão civil como medida inominada pode implicar na eliminação do direito à efetividade dos provimentos jurisdicionais, aniquilando um direito fundamental que, como todos os outros direitos fundamentais, é de suma importância.

CONCLUSÃO

Os problemas hodiernamente enfrentados pelo Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional, demandam a utilização de mecanismos que otimizem o trâmite processual. Para tanto, as reformas processuais têm flexibilizado princípios e ampliado os poderes do juiz, com o intuito de agilizar e tornar efetiva a decisão judicial.

De acordo com o art. 461 § 5º do Código de Processo Civil, o juiz foi munido de poderes para propiciar a satisfação precisa do direito do demandante, impondo ao réu ou a terceiros o exercício de atividades capazes de assegurar o cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer. A tutela meramente ressarcitória (condenação em perdas e danos), que há algum tempo atrás era a regra, cede lugar para a tutela específica. Assim, a condenação em perdas e danos somente será viável em caso de real impossibilidade de obtenção da tutela específica ou quando o autor assim a requerer.

A sociedade espera por uma atuação efetiva e dinâmica, a qual o legislador, dada sua morosidade, não pode acompanhar. E é essa a razão da elogiável previsão do art. 461 § 5º do Código de Processo Civil que tem a nítida intenção de ampliar os poderes do juiz de modo a conferir-lhe a possibilidade de determinar a medida atípica adequada ao caso, mesmo que não esteja expressamente tipificada em lei. Trata-se da aplicação do princípio da efetividade da jurisdição em que são concedidos poderes aos magistrados para combater a inércia do obrigado e a sua resistência em adimplir a prestação que originariamente pactuou.

REFERÊNCIAS

FUX, Luiz. **Novo processo de execução**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 5 dez. 2008.

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

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2008, vol. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos direitos fundamentais**. Paraná, 2004. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?pg=3&&sisistema=conteudos|artigos&cod_categoria=artigos>. Acesso em: 10 dez. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O controle do poder executivo do juiz**. Paraná, 2005. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?pg=3&&sisistema=conteudos|artigos&cod_categoria=artigos>. Acesso em: 10 dez. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Paraná. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?pg=3&&sisistema=conteudos|artigos&cod_categoria=artigos>. Acesso em: 10 dez. 2008.

MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PASSOS, Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca. **A indústria da multa e a necessidade de uniformizar.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.11, nº 43, 2008.

PASSOS, Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca. **Métodos de cumprimento da tutela específica.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.11, nº 42, 2008.

RAIMUNDO, Leandro Silva. **A efetividade do processo e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Notas sobre o sincretismo processual. Jus Navigandi,** Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5276>>. Acesso em: 8 dez. 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84).** São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** Teresina: Revista Dos Tribunais, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>>. Acesso em: 8 dez. 2008.