



**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.**

Carlos Athayde Valadares Viegas
Servidor Público Federal do TRT-3ª região
Bacharelado em Direito pela Faculdade Pitágoras de BH

Neste estudo procuraremos trazer à reflexão da comunidade jurídica, a utilização da prisão como meio de aforo legítimo e eficaz, do Estado-Juiz, para alcançar o efeito real da tutela nas sentenças que determinam obrigações de fazer, não fazer, ou entregar coisa diversa de dinheiro.

Com a inclusão no nosso ordenamento jurídico da cláusula geral de efetivação da tutela (Art. 461, §5º, CPC), através da Lei 8.952/94, foi estabelecida uma nova ordem jurídica e social no que tange o cumprimento das sentenças judiciais, conformando-as com os novos valores consagrados na então recentíssima Constituição Federal, especialmente aqueles referentes ao Estado Democrático de Direito, Acesso à Justiça e à Dignidade da Pessoa Humana.

Anteriormente a este fato, prevalecia a indenização pecuniária em detrimento da entrega da tutela específica. Pela doutrina liberal, até então, adotada, a lide se resolvia pela via das perdas e danos. Independentemente qual bem tutelado, fosse a vida, fosse uma coisa, tudo podia ser precificado e, tal como mercadoria, negociado.

Esta venalidade só favorecia a parte mais poderosa e abastada da relação jurídica, que se escusava da obrigação através da entrega do vil metal, em detrimento da outra parte a qual, diante da impotência do Estado em garantir-lhe a execução da tutela específica, conformava-se com uma indenização pecuniária, que até os dias atuais, obedece a critérios pouco realísticos e até mesmo obscuros para a definição dos valores correspondentes.



Entretanto, o novel texto do Art. 461 veio determinar uma nova preferência na efetivação das sentenças quando alude que “*o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*”.

Portanto, como nos ensina Nelson Nery Júnior, “*a norma ora analisada modifica o regime de execução de obrigação de fazer e não fazer, repetindo praticamente o sistema instituído pelo CDC 84. Agora, portanto, a regra do direito provado brasileiro – civil, comercial, do consumidor - quanto ao descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer é o da execução específica, sendo exceção a resolução em perdas e danos*”¹.

Mas não foi só. Aquela mudança colocou à disposição do Estado-Juiz um novo ferramental de atuação que lhe conferiu múltiplas possibilidades de agir a fim de garantir ao seu jurisdicionado a entrega da tutela específica. Trata-se do disposto no § 5º do referido artigo 461 que assim dispõe: “*Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial*” .

Como visto, passou o magistrado a ter à sua disposição um instrumento que lhe conferiu poder para tomar *as medidas necessárias* (que melhor aprouverem ao processo) a fim de promover a entrega ao jurisdicionado da tutela específica. Neste dispositivo, o legislador elencou várias hipóteses de atuação do Estado-Juiz, mas, de nenhuma maneira exauriu, naquelas letras, todas as possibilidades de ação do magistrado e por que não dizer do exequente também.

E como não fez “*numerus clausulus*” as hipóteses de ação do magistrado, não se pode descartar a prisão do executado como meio legítimo de atuação do Estado-Juiz na busca de entrega da tutela específica.

¹ - Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, p.586, 9ª Edição, 2006, Editora Revista dos Tribunais.



A Constituição Federal, no seu Art. 5º, inciso LVXII, veda a prisão por dívida, assim determinando: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

Entretanto, faz-se necessária uma obtemperada análise do texto constitucional, para que se possa inferir qual é a melhor interpretação a se dar àquele mandamento, bem como, sopesar todos os valores envolvidos na questão, a fim de promover um entendimento da norma inserida no mundo real, considerando todos os aspectos, e, sem sentimentalismos, laicizar a discussão.

Os juristas constitucionalistas manifestam-se majoritariamente pela interpretação literal do inciso LVXII, considerando que, além das duas hipóteses ali elencadas, não é permitida a prisão de pessoas por qualquer espécie de dívida.

Gilmar Mendes, insigne Presidente do STF, define que “a prisão civil diferencia-se da prisão penal, na medida em que não consubstancia uma resposta estatal à prática de infração penal, mas antes, corresponde a um meio processual reforçado de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado para a execução de uma dívida. Não possui, portanto, natureza penal, destinando-se apenas a compelir o devedor a cumprir a obrigação contraída, persuadindo-o da ineficácia de qualquer tentativa de resistência quanto à execução do débito”².

Todavia, o magistrado afirma que não é possível a aplicação da prisão como meio para compelir o devedor ao adimplemento da obrigação, pois entende que a vedação contida no texto constitucional é absoluta e “*as exceções são expressas e taxativas: a) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; b) a do depositário infiel*”³.

Na mesma esteira de pensamento, o não menos importante doutrinador, Alexandre de Moraes, também se manifesta contrário à possibilidade da prisão civil, aludindo que “*em regra, não haverá prisão civil por dívida. Excepcionalmente, porém, em dois casos será permitida.*”⁴ que são os enumerados no art. 5º, LXVII da CF/88.

² - Gilmar Mendes, Curso de Direito Constitucional, p.677, 2ª Edição, 2008, Editora Saraiva.

³ -Idem acima.

⁴ -Moraes, Alexandre de – Direito Constitucional/ Alexandre de Moraes- 17ª Ed.-São Paulo: Atlas, 2005, p.105.



Em que pese a importância destas abalizadas interpretações, no nosso entendimento, a vulnerabilidade das análises anteriores é a ligação que comumente se faz entre garantia à liberdade individual e o bem material tutelado do credor.

Tradicionalmente esta discussão é feita de forma maniqueísta e preconceituosa. Transforma-se a figura do credor no personagem da velha agiota *Aliona Ivanovna*, da célebre obra de *Dostoiévsky*, da qual, na primeira referência à personagem, feita pelo jovem *Raskolnikov*, ele descreve que, “quando se viu diante da velha, sentiu, logo à primeira vista, uma forte antipatia por ela”⁵.

Além da antipatia consagrada aos credores em geral pela via literária, no mundo jurídico também o credor é visto com desprezo como depreendemos da afirmação de *Filangiere*:

*"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 gloriam da sua humanidade e de sua liberdade."*⁶

Partindo-se, pois, deste ponto de vista, fica maculado de plano, o mérito do instrumento prisão civil, uma vez que se faz uma comparação entre o “ideal” de liberdade e um objeto inanimado ou uma pretensão de riqueza daquele chamado credor, preconceito puro.

⁵ -Crime e Castigo/ Dostoiévsky; texto em português de Carlos Heitor Cony-4ª Ed.- Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p.51.

⁶ -Filangiere, «apud» Lobão, Execuções, pág.145, § 181.Citado em RODRIGUES FILHO, Eulâmpio. Prisão civil sem lei. Um equívoco. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2472>>.



Tratar a tutela como fosse igual a mercadoria, coisa a ser entregue em benefício de alguém é minimizar a importância que tem a decisão judicial no Estado Democrático de Direito.

Além disto, por óbvio, existe uma enormidade de bens não materiais tutelados que ampliam, fortalecem e enobrecem o conceito de credor e a importância de sua proteção para a na nossa sociedade. A vida, a paz social, o meio ambiente, entre outros bens que compõem o patrimônio jurídico dos indivíduos e de toda a sociedade simultaneamente, quando tutelados pelo Estado-Juiz, transformam seus titulares em credores que precisam ter seu direito garantido em benefício do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito.

Portanto, falar em Estado Democrático de Direito é falar em acatamento da Lei, é venerar o Princípio da Legalidade como expressão máxima da nossa organização social e conforme preleciona José Afonso da Silva, *“É da essência do seu conceito (Estado Democrático de Direito) subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca de igualização das condições dos socialmente desiguais”*⁷. E continua: *“Pois ele (Estado Democrático de Direito) tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade”*⁸.

Aquele que não cumpre a decisão judicial está afrontando toda a comunidade e desrespeitando o Estado Democrático de Direito, duramente conquistado ao longo da nossa história. Ademais, cumpre à Lei, no Estado Democrático de Direito, um papel transformador, que, através da sua aplicação no caso concreto, fará desta nossa nação uma sociedade de pessoas inseridas plenamente na comunidade, seja cumprindo as decisões judiciais, tomadas no devido processo legal, seja, por outro lado, recebendo a tutela do seu bem jurídico.

Sabe-se que não existe hierarquia entre os princípios constitucionais, portanto, no caso da necessidade de confrontá-los, deve-se aplicar o princípio ao caso concreto e, em conformidade com o método/princípio da proporcionalidade, aproximar a interpretação do

⁷ -Silva, José Afonso da- Curso de Direito Constitucional Positivo-24ª Ed.- Malheiros Editores, 2005, p. 121.

⁸ - Idem acima. (Grifo nosso).



texto constitucional e infraconstitucional *da idéia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins* ⁹.

E, a fim de desmistificar a discussão, é bom que se estabeleça quem é este devedor. Ele é a parte que ao longo do processo utilizou todos os meios de defesa colocados à sua disposição, que fez provas, protestou, impugnou, embargou, agravou, apelou, recorreu e, mesmo assim, ao final, foi condenado. Este é o devedor que, após a condenação não cumpriu voluntariamente a ordem judicial, não se intimidou com a multa cominada ou com os outros meios previstos no Art. 461, CPC, utilizados pelo Estado-Juiz na busca pacífica da efetividade da tutela.

Ora, deverá prevalecer a todo custo o direito à liberdade daquele que, por sua ação positiva ou omissiva, deixa de entregar o remédio ao convalescente (credor), não interna o doente (credor) na vaga do CTI, descumpre ordem judicial que determina fazer uma cirurgia sem a qual o paciente (credor) provavelmente perecerá?

Pode o poluidor do meio ambiente(devedor), deixar de cumprir a ordem democrática e legal para instalar mecanismos de filtragem nas suas instalações fabris, sem as quais centenas, ou quiçá milhares, de outras pessoas (credores), correm o risco de serem contaminadas pelo produto de sua indústria?

Qual o bem jurídico mais importante nestes casos a vida, a democracia, a dignidade da justiça, o direito à efetividade da tutela jurisdicional ou a liberdade do devedor?

Aplicando-se, portanto, o método de interpretação legal pela proporcionalidade, chega-se logo à conclusão que os bens jurídicos vida e democracia, neste caso, têm prevalência sobre o bem jurídico liberdade, uma vez que a dignidade da pessoa do credor está sendo atacada pela ação obstativa do devedor.

Outra análise que precisa ser feita é a do texto constitucional e do verdadeiro sentido que pretenderam dar ao termo “dívida” os nossos constituintes.

⁹ - Gilmar Mendes, Curso de Direito Constitucional, p.121, 2ª Edição, 2008, Editora Saraiva.



Primeiramente há que se notar uma evolução histórica no emprego do termo em comento, vez que, na Constituição de 1934¹⁰ o texto proibia a prisão civil por dívidas (no plural), não deixando neste caso qualquer dúvida sobre o alcance do dispositivo, o qual vedava todas as hipóteses de prisão civil relacionada às obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar.

Contudo, os demais textos constitucionais, outorgados ou promulgados desde esta época, e que trataram do assunto, 1946¹¹, 1967-EC-01/69¹² e 1988¹³, mudaram o sentido do mandamento afirmando, desde então, que não haveria prisão civil por dívida (no singular), o que não encerra em si mesmo a possibilidade de, em conformidade com a espécie da dívida, haver a prisão do inadimplente. Tanto é assim que o texto constitucional evidencia os casos em que, dada a gravidade, será o devedor submetido à pena de prisão a fim de adimplir a obrigação para com a justiça.

Pois, dívida, em sua origem etimológica, quer dizer “*ato ou efeito de dever algo a alguém (diz-se geralmente de quantia de dinheiro)*” conforme o dicionário Houaiss. Trata-se geralmente de dever dinheiro a alguém¹⁴. Considerando, então, o emprego do termo, pelo legislador constituinte, na sua forma ordinária e geral, a prisão civil expressamente vedada pelo texto constitucional é aquela referente à dívida de dinheiro.

Não veda o texto constitucional a prisão civil como forma de tornar adimplente o descumpridor da ordem democrática-judicial, emanada pelo órgão legítimo, que determinou uma obrigação da qual pende, muitas vezes, a vida ou as vidas de outrem.

Fica claro que há uma mudança histórico-social no sentido de possibilitar a aplicação de medidas extremas como base de apoio ao cumprimento da tutela judicial. É a

¹⁰-CF-1934-Art113-30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas. (Grifo nosso). (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm).

¹¹-CF/46- Art 141 -§ 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)

¹² - CF/67-EC-01/69- Art. 153, § 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)

¹³ -CF/88- Art. 5º -LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

¹⁴ - *ato ou efeito de dever algo a alguém (diz-se ger. de quantia de dinheiro)*. Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa (Grifo nosso).



manifestação da sociedade em busca de maior efetividade da coisa julgada que se refletiu na transformação operada, ao longo dos anos, pelo legislador brasileiro.

Pontes de Miranda, comentando o Art. 885, CPC, à luz da Constituição de 1967¹⁵, manifesta-se favorável à prisão civil daquele que retém o título indevidamente e ensina:

“Uma coisa é a prisão civil por dívida, multa ou custas, e outra pelo ato ou omissão do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar e, a fortiori, pela omissão de quem havia de entregar algum título ou devolvê-lo, o que é o caso do art. 885. Não foi por deixar de pagar dívida, multa ou custas, mas sim por ficar com o título ou não o devolver. Sem Razão Sérgio Sáhione Fadel (Código de Processo Civil comentado, IV, 327) e Humberto Theodoro Júnior (Processo cautelar, 383).

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 para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele (grifo nosso).

A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam de dívidas no sentido estrito (e.g., depósito, comodato, fidúcia real), nem de multas ou de custas”¹⁶.

Atualíssimo o ensinamento do máximo processualista, já que, no tocante ao texto constitucional referentemente à prisão civil, aquele de 1967 é semelhante ao de 1988 na forma e, a nosso ver, igual no sentido.

Corroborando aquela interpretação, o juriconsulto baiano, Fredie Didier Jr., entende que o que a constituição veda é a prisão civil por dívida patrimonial, “*não necessariamente de conteúdo pecuniário. Uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro de conteúdo patrimonial não pode ser efetivada por prisão civil. Cabe, em tese, prisão civil como medida atípica para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não-patrimonial (non money judgment)*¹⁷.”

¹⁵- Vide item 12.

¹⁶Miranda, Pontes de-Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII: arts. 796-889, p. 326, Rio de Janeiro, Forense, 2003 -2ª Edição.

¹⁷-Didier, Fredie Jr.- Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2, p. 365, Editora Podivm, 2007.



Apoiamo-nos, também, nos ensinamentos do contemporâneo Luiz Guilherme Marinoni, o qual entende ser constitucional a prisão civil do inadimplente das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa diversa de dinheiro. Argumenta que a “*autorização legal para o uso da prisão como meio de execução está no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil e no art. 84, §5º do Código de Defesa do Consumidor. Tais normas conferem ao juiz o poder para utilizar o meio jurídico “necessário” a cada caso conflitivo concreto. Tais normas são claras em autorizar o uso do meio executivo não expressamente tipificado na lei, permitindo que o juiz identifique o meio de execução “necessário”, justificando a oportunidade para a sua utilização diante das particularidades do caso concreto e da insuficiência das demais modalidades de execução para dar efetividades da decisão*”¹⁸.

Assevera o autor que “*não mais vigora o princípio da tipicidade dos meios executivos, que supunha que os meios de execução, para serem utilizados, deveriam estar expressamente previstos em lei. Atualmente, presente, o princípio da concentração dos poderes de execução, já que ao juiz foi outorgada ampla latitude de poder destinada à determinação da modalidade executiva adequada ao caso concreto*”¹⁹.

Em nosso entendimento, a norma constitucional deve ser interpretada de forma a conformar a literalidade do vernáculo com a sua finalidade máxima, qual seja, a transformação da sociedade no sentido de alcançar uma organização de seres humanos dignos, incluídos, possuidores de direitos e obrigações e respeitadores da Democracia. Esta é a finalidade maior da nossa Carta Política e assim devemos entender suas determinações.

Portanto, a prisão civil do indivíduo que acintosamente descumpre a obrigação determinada pelo órgão judicial-democrático competente, que emitiu declaração soberana e substancial através da sentença, é possível e está inserida no ordenamento constitucional. Sendo um instrumento legítimo e eficaz do Estado-Juiz na busca da entrega da tutela específica, materializado no § 5º do Art. 461, CPC.

¹⁸ -Marinoni, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart-Curso de Direito Processual Civil, V. 3, 2ª Edição, p.87/88. Editora Revista dos Tribunais.

¹⁹ -Idem acima.



**ACADEMIA BRASILEIRA DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Logo, em que pese a aversão de todos nós à restrição da liberdade, há casos em que somente esta relativização do direito poderá promover a entrega da tutela específica e fazer prevalecer o estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Orientador: Cláudio Miranda Pagano, Defensor Público em Minas Gerais, Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Pitágoras de Belo Horizonte, Mestre em Direito.