

A DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DE CORPOS

*Milena de Oliveira Guimarães**

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias sobre a medida de separação de corpos; 1.1 A separação de corpos para os conviventes; 2. A eficácia da decisão judicial que determina o afastamento; 3. A natureza da conduta do destinatário da ordem; 4. As sanções no direito pátrio: primeiras considerações; 5. Breves considerações acerca da matéria nos países do common law; 6. O crime de desobediência; 7. A imposição da prisão e da multa para cumprimento da ordem de afastamento do lar conjugal; 8. Conclusões; 9. Referências.

RESUMO: O artigo mostra o conteúdo e a eficácia da medida judicial de urgência que tutela a separação de corpos do casal, pleiteada quando há risco de ofensa à integridade física e mental do cônjuge ou convivente. A efetividade da tutela somente será alcançada com a plena garantia do afastamento do lar conjugal e da distância segura entre os litigantes. As sanções, consistentes na multa e na prisão, deverão ser utilizadas, tanto na forma coercitiva quanto na forma punitiva, sempre com fundamento no artigo 461 do CPC, sem prejuízo de medida sub-rogatória, desde que cabível à espécie.

PALAVRA-CHAVE: casal, separação judicial, tutela, sanções, multa, prisão

DISOBEDIENCE OF JUDICIAL ORDER OF CORPUS SEPARATION

ABSTRACT: This article shows the content and the effectiveness of the urgent judicial measure that determines corpus separation of the couple, pleaded when there is the risk of offense to the physical and mental integrity of the partner. The effectiveness of the determination will only be reached with the full guarantee of the separation from the matrimonial home, and of safe distance between the parties. The sanctions, consisting of fine and imprisonment, must be used coercively as

*Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC-SP e professora do curso de graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR-PR)

well as punitively, always anchored on the article 461 of CPC, without any detriment of the sub-rogatory measure, provided it is appropriate to the specie.

KEYWORDS: couple, separation judicial, determination, sanctions, fine, imprisonment

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A MEDIDA DE SEPARAÇÃO DE CORPOS

A imposição da saída de um dos cônjuges do lar conjugal pode ser a alternativa que resta para impedir danos à integridade física ou mental do companheiro(a). As razões da insistência em permanecer no lar podem variar, mas a permanência do cônjuge unicamente para evitar a ofensa ao dever de coabitação e, posteriormente, a imputação de culpa pela separação parece ser, nos tempos atuais, a mais vil.

Na maioria dos casos, os cônjuges não podem aguardar o deslinde da ação de separação judicial, dado o ambiente caótico, ou mesmo violento, em que vivem, de modo que a medida de urgência se impõe.

Parte da doutrina¹ faz distinção entre duas medidas: o afastamento temporário do cônjuge do lar conjugal, de natureza acautelatória e prevista no artigo 888, VI, do CPC, e outra, a denominada separação de corpos, prevista no revogado artigo 223, do Código Civil de 1916, que corresponde (aproximadamente) ao artigo 1.562 do Código Civil de 2002.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, um dos defensores desse entendimento, a separação de corpos depende somente da comprovação de existência do casamento e resulta na “mera separação com eficácia jurídica”. Defende que, em não sendo medida de natureza cautelar, que implicaria em provisoriedade, não haveria a incidência do artigo 806 do Código de Processo Civil.²

De outro lado, a medida de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal é medida de natureza cautelar, resultando na imposição do afastamento do cônjuge. Outrossim, neste caso, defende o nobre jurista que também não incide o artigo 806 do CPC.

¹ Ver a respeito, SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3, p. 386 e ss.

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 133.

Com a devida permissão, não desposamos tal entendimento, posto haver enorme dificuldade em identificar a razão de o legislador ter imposto ao juiz proferir medida com “brevidade” para que ela não produzisse efeitos reais.³

Destarte, após o advento do novel Código Civil, a redação do artigo 1.562 melhorou em muito a definição daquilo que seria a separação de corpos do casal, referida no revogado artigo 223. O legislador acrescentou ao dispositivo o requisito da “necessidade”, ou seja, reforçou a tese de que a separação de corpos tem natureza de medida de urgência.

Desse modo, resta analisar, também perfunctoriamente, os aspectos processuais que envolvem a medida de separação de corpos, advertindo que tal denominação será utilizada tanto para a medida autorizada pelo artigo 1.562 do CCB quanto para a medida contida no artigo 888, VI, do CPC.

Com advento do § 7º do artigo 273, do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444/2002, o juiz estaria autorizado a aplicar o princípio da fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada. Ou seja, entende a melhor doutrina que quando a medida cautelar, pleiteada em processo de conhecimento, puder resultar em um dos efeitos a serem produzidos pela futura tutela jurisdicional, o juiz estaria autorizado a concedê-la como se de tutela antecipada tratasse o requerimento.

Cumprе esclarecer que a alteração legislativa ocorreu em razão das dúvidas existentes em relação à natureza de determinadas medidas de urgência, se seriam cautelares, porque gritante sua instrumentalidade, ou se seriam antecipadas, por operarem a satisfatividade. Assim, parte autorizada da doutrina entende que somente haveria a possibilidade da fungibilidade entre as medidas “quando houvesse dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza”.⁴

Com efeito, para o desenvolvimento do presente trabalho resta deixar patente que a medida de separação de corpos resulta no gênero tutela de urgência, assim, podendo ser pleiteada como antecipação dos efeitos da tutela definitiva – e o artigo 1.575, do Código Civil deixa isso claríssimo – ou como tutela cautelar, aproveitando-se oportunamente do processo cautelar.

Assim, quanto à denominação dada ao afastamento do lar conjugal, se separação de corpos ou afastamento temporário da morada do casal, temos para nós ser irrelevante qualquer distinção.

³ Também, por outros argumentos, THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Leud, 1994, p. 400 e ss.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 154.

1.1. A SEPARAÇÃO DE CORPOS PARA OS CONVIVENTES

O direito à tutela de urgência que determina o afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal também se estende aos conviventes, ou seja, ao casal que vive em união estável. Os tribunais têm entendido que, diante do preceito constitucional contido no artigo 226, § 3º, não há qualquer restrição ao pleito da separação de corpos por qualquer um dos conviventes.⁵ Ou seja, a equiparação da união estável ao casamento deve ser plena, em relação a todos os efeitos, autorizando o pedido de separação de corpos, tanto na forma autônoma, como medida cautelar, quanto na forma antecipada, em demanda de dissolução de união estável.

2. A EFICÁCIA DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA O AFASTAMENTO

A decisão que determina o afastamento do cônjuge ou convivente da moradia do casal possui eficácia indiscutivelmente mandamental. Entenda-se que há no conteúdo da decisão judicial a ordem para que o sujeito deixe o lar.

Rosemberg destaca que foi Georg Kuttner, em sua obra *Unteilswirkungen ausserhalb des Zivil Prozesses*, (1914), quem primeiro falou em “ordem”, ou seja, o processualista alemão colocou ao lado dos provimentos declarativos e de constituição a categoria das “sentenças ordenatórias”, que ele entende serem aquelas sentenças das quais o juiz do processo, sem solucionar a relação de direito privado que lhe serve de base, dirige a outro órgão ou autoridade pública uma ordem concreta de executar ou omitir um ato oficial.⁶

Afirma ainda Rosemberg que Kuttner, para tanto, toma por base o efeito e não o conteúdo das sentenças.⁷

⁵ “A mulher que mantém união estável tem o direito de pleitear a medida cautelar de afastamento do lar do companheiro, cujo comportamento torne insuportável a convivência, seja para proteção do interesse dela, seja dos filhos. É certo que a separação de corpos foi medida judicial instituída para situações ocorridas no casamento, mas o gradativa proteção que o Direito foi dando à relação concubinária permitiu a extensão daquela providência também para uniões estabelecidas à margem do casamento. Assim como o cônjuge tem o direito de ser respeitado pelo outro, a mesma exigência se há de fazer, e o mesmo direito se há de reconhecer em favor de quem integra uma relação estável. O que se deve é preservar valores éticos, presentes no casamento e fora dele, violados pelo comportamento de um dos companheiros, dando margem à adoção de providências cautelares.” (In STJ – 4ªT - REsp nº 93.582-RJ, Rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. em 06.08.1996). No mesmo sentido: “A concubina tem o direito líquido e certo de ver apreciado seu pedido de separação de corpos, cujo processo não pode ser extinto sob a alegação de que tal providência somente cabe aos casados, estando ela livre para seguir o seu caminho, abandonando lar e filhos.” (In STJ – 4ªT – RMS nº 5422-5-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 24.04.1995)

⁶ ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: E.J. E. A., 1955, t. 2., p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 26.

Em brilhante ensaio, Barbosa Moreira explica a nova conotação que a “sentença ordenatória” de Kuttner ganhou deste lado do oceano. Esclarece que o objeto de investigação do jurista alemão eram em verdade os efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais, seja do próprio Poder Judiciário, seja da Administração Pública. Assim, interessava para o jurista alemão o “comportamento” desses órgãos diante de uma ordem judicial emitida através de uma sentença. Questionava ele a vinculação dos demais órgãos às sentenças civis.⁸

Entretanto, Kuttner não podia incluir sua “sentença ordenatória” na classe das sentenças condenatórias, mesmo considerando que a doutrina alemã entendia que a própria sentença condenatória continha “ordem”. Isso porque ele havia percebido que a ordem contida na sentença condenatória era dirigida ao réu vencido, e, em outros casos, o destinatário da ordem era outro órgão estatal que, inclusive, era estranho ao processo, não se incluía na relação jurídica processual. Ao verificar tal distinção, concluiu que tais provimentos não se acomodariam na classe das sentenças condenatórias.

Ressalte-se, ainda, que Kuttner admitia que em outros ordenamentos o conceito da sua sentença ordenatória pudesse ser aplicado a figuras diversas, e aludiu expressamente aos *writs of mandamus* e às *injunctions* do direito anglo-saxônico.⁹

De fato, os méritos de Kuttner foram louváveis, contudo não reconhecidos na própria Alemanha, já que a atual processualística pouco menciona tal categoria de sentenças. Mas convém citar Goldschmidt¹⁰, que anunciou expressamente sua adesão à teoria de Kuttner.

Foi no Brasil, através de Pontes de Miranda, que o conceito do jurista alemão ganhou maior elasticidade e, por assim dizer, muito mais importância. A começar pela denominação do instituto. Preferiu Pontes de Miranda chamar tal classe de sentenças de “mandamentais”, e nada mais sensato se se considerar a nova acepção dada a “ordem” pelo jurista brasileiro.

Para Pontes de Miranda, a sentença mandamental passou a ser o provimento judicial com eficácia *preponderantemente* mandamental, independentemente do destinatário da ordem. Ou seja, a ordem contida na sentença teria como destina-

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental – da Alemanha para o Brasil. In: *Temas de Direito Processual Civil*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54 e ss.

⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰ GOLDSCHIMDT, Roberto. *Der Prozess als Rechtslage*. Aalen, 1962, *apud* José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 57.

tário não somente outro órgão público, mas, eventualmente, um particular, pessoa física ou jurídica.

Pontes de Miranda estudou a fundo as ações mandamentais, e sobre elas afirma que “na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz de tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato e dessa fusão nasça a eficácia constitutiva”. E mais adiante, reforça: “na sentença mandamental, o juiz não constitui: manda”.¹¹

Desse modo, a eficácia preponderante da decisão, seja ela de natureza antecipatória, cautelar ou implique em tutela definitiva, que impõe a separação de corpos, é mandamental, posto ter como principal conteúdo a *ordem* dirigida ao cônjuge.

3. O CONTEÚDO DA DECISÃO E A NATUREZA DA CONDUTA DO DESTINATÁRIO DA ORDEM

O destinatário da ordem judicial é, sem dúvida, o cônjuge ou convivente que, em razão de sua conduta leviana, impossibilita a convivência para o casal, a ponto de impor a urgência no seu afastamento do lar.

O conteúdo da decisão pode ir além da simples determinação para que a parte deixe a morada do casal. Nada impede que a decisão contenha ordem explícita para que o renitente *permaneça* afastado do lar, e, ainda, ordem proibitiva de se aproximar do lar ou do companheiro. A autorização legal decorre da interpretação extensiva do artigo 461, § 5º, do CPC, já que cabe ao juiz tomar as providências necessárias para assegurar o cumprimento da tutela específica. E, sem dúvida, a pretensão na demanda consiste na preservação da integridade física e moral da parte autora.

O ato de deixar o lar conjugal importa em ato personalíssimo, portanto, infungível, e de natureza permanente, já que o destinatário da ordem não poderá retornar ao lar conjugal enquanto perdurar a eficácia da decisão.

A conduta de deixar a moradia consiste em um fazer infungível, e o *permanecer* afastado do lar resulta em um não-fazer, em conduta negativa por parte do destinatário da ordem.

A recusa em deixar o lar conjugal, descumprindo a ordem judicial, resulta em ato atentatório ao exercício da jurisdição, assim definido expressamente pelo artigo 14, V, e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999, t. 7, p. 224.

4. AS SANÇÕES NO DIREITO PÁTRIO: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

A efetivação da ordem que determina o afastamento do lar corresponde à tutela executiva, em sentido lato. E a execução da medida pode requerer medidas coercitivas, na forma de execução indireta, ou até mesmo medida sub-rogatória.

A desobediência às ordens judiciais, qual seja, a resistência à efetivação da medida, é tratada no sistema processual brasileiro como ato atentatório à administração da justiça, segundo o disposto no artigo 14, V, e parágrafo único, do CPC. Ante a recalcitrância do destinatário da ordem em deixar o lar conjugal é perfeitamente possível a aplicação das sanções de natureza coercitiva previstas no artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil.

É pertinente a aplicação de multa diária em caso de recusa do renitente em deixar o lar conjugal. Cabível também, à título de medida sub-rogatória, a determinação judicial para reforço policial para a retirada do cônjuge da morada do casal.¹²

Como sanção de natureza punitiva, para o caso de descumprimento da ordem de afastamento, é cabível a multa prevista no parágrafo único do artigo 14, do CPC.

Outrossim, nada impede ainda que o magistrado aplique a sanção de prisão coercitiva, com fundamento no mesmo artigo 461, § 5º, do CPC, já que o dispositivo autoriza quaisquer “medidas necessárias” para a efetivação da tutela.

Muito embora a medida seja por demais drástica, se se pensar sobre os efeitos psicológicos gerados pela potencialidade da aplicação da medida, poderia esta ser de grande valia ao magistrado, como garantia do cumprimento da ordem pelo renitente.

Sem a intenção de ingressar na polêmica acerca da constitucionalidade ou não da prisão civil coercitiva, nos casos de cumprimento de ordem judicial para execução de tutela específica¹³, é preciso considerar as particularidades presentes nos casos de separação de corpos.

¹² Convém ilustrar com o acórdão nº 70008575037, de apelação criminal, prolatado pela 4ª Cam. Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o renitente, ao ser retirado mediante o auxílio de força policial da morada do casal, terminou por ser condenado pelos crimes de desobediência, desacato, e ainda, por vias de fato, em razão das agressões à própria esposa na presença dos policiais. (j. em 27.05.2004, Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo).

¹³ Defendem a constitucionalidade da prisão civil coercitiva para efetivação da tutela específica MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.293; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 75-101, jul/set 1996; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 212, entre outros.

Trata-se de situação *sui generis*, que não se resume ao simples cumprimento da ordem de deixar o lar conjugal. É necessário, e somente assim sealaria em efetividade da tutela, que o destinatário da ordem *permaneça* afastado do lar conjugal enquanto representar perigo para o demandante. E ainda, não é raro, que em determinadas situações concretas seja necessária medida que garanta distância necessária entre as partes, sob o argumento de que a mera possibilidade de que o sujeito possa estar nas imediações, em local próximo à residência, ou poder se aproximar do outro em local público, gere grave temor ou pânico.

Com efeito, o sistema somente poderia garantir o reto cumprimento da ordem de afastamento, na medida em que pudesse dispor de instrumentos executivos que realmente gerasse o efeito psicológico coativo.

É preciso reconhecer que nem de longe dispomos dos mecanismos eficazes presentes nos sistemas da *common law*, que são possíveis graças ao instituto do *contempt of court*.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MATÉRIA NOS DOS PAÍSES DO *COMMON LAW*

Para abordar com propriedade a questão da desobediência da ordem judicial no direito da *common law*, é necessário trazer à baila algumas notas sobre o instituto do *contempt of court*.

Não é possível encontrar na língua portuguesa terminologia que traduza o *contempt of court*, ao menos, com propriedade. O mais próximo que se pode chegar seria equipará-lo ao que entendemos por ato atentatório à administração da justiça, em razão do bem jurídico protegido e das sanções aplicáveis.

Nos países pertencentes ao sistema da *common law*, a desobediência de ordem judicial é tratada como ofensa à Corte, por isso, sujeita a sanções severas, decorrentes da proteção máxima ao bem jurídico “administração da justiça” observada naqueles países.

A desobediência à ordem judicial dirigida ao cônjuge para afastar-se do lar conjugal implica no ato personalíssimo, ou seja, o cônjuge é compelido a afastar-se e a não molestar o outro, cuja integridade está sendo protegida.

Como não se trata de obrigação derivada de contrato, constitui medida de *equitable*, que designa, genericamente, as medidas judiciais discricionárias, ou seja, as decisões judiciais com fundamento em juízo de equidade. Convém advertir que na discricionariedade judicial que marca os *equitable remedies* misturam-se elementos provenientes da própria gênese da *equity*, traços que a distingue da

discricionariedade aplicada em nosso sistema. A discricionariedade adotada para um *equitable remedy* é baseada em critérios mais objetivos, amparados em precedentes jurisprudenciais, ou até mesmo fixados em lei.¹⁴

Outrossim, por implicar em conduta personalíssima, a medida consiste em uma *injunction*, que pode ser definida como uma ordem expedida pela corte a um sujeito a fim de proibi-lo de praticar determinado ato que está na iminência de praticar, restringindo a continuidade da prática do ato, quando injusto ou prejudicial ao autor, ou para ordenar que o sujeito desfaça um erro ou um dano, sempre que não possa ser adequadamente compensado por meio de uma ação da lei.¹⁵

O remédio da *injunction* deve seguir alguns princípios gerais. São eles apontados por Andoh e Marsh¹⁶: a) a *injunction* é um remédio de equidade, e assim discricionário, mas não disponível como um remédio corriqueiro; b) não será permitido quando o procedimento apropriado for o reparatório; c) é medida *in personam*; d) o descumprimento de uma *injunction* implica em *contempt of court*; e) não pode ser utilizada contra a Coroa; f) o requerente deve ter um interesse privado ou um direito a proteger; g) não deve ser deferida se não houver interesse público; h) semelhante à tutela específica, não deve ser concedida nos casos em que haja conduta continuada de uma obrigação positiva, pois pediria supervisão constante da corte; i) uma *injunction* pode ser suspensa depois de concedida, dependendo das circunstâncias.

¹⁴ “Two important features of equitable remedies are that they are awarded at the discretion of the court and they act *in personam* which means that the defendant, who is within the jurisdiction of the court, is compelled personally to carry out the order of the court”. (ANDOH, Benjamin; MARSH, Stephen. *Civil remedies*. England: Dartmouth, 1997, p. 210).

¹⁵ “a court order prohibiting someone from doing specified act or commanding someone to do undo some wrong or injury. A prohibitive, equitable remedy issued or granted by a court at the suit of party complainant, directed to a party defendant in action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter from doing some act which he is threatening or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately redressed by an action at law”. (BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6ª ed. St. Paul, West publishing C.O., 1998, p. 784).

¹⁶ São princípios gerais de uma *injunction*: “a) An injunction is an equitable remedy, and so it is discretionary and not available as a matter of course; b) It will be granted if damages will be an adequate remedy; c) It is remedy *in personam*; d) Non-compliance with an injunction is contempt of court; e) It is not available against the Crown; f) The plaintiff must have *locus standi*, i. e., a private interest of right to protect; g) An injunction may not be granted if it will not be in the public interest; h) Again, like specific performance, an injunction is not likely to be granted if the case involves continuous performance of a positive obligation so that its Grant would require constant supervision by the court; i) An injunction may be suspended after it has been granted, depending on the circumstances (as it is a discretionary remedy)”. (Op. cit., p. 244-245).

As *injunctions* podem ainda ser classificadas em a) *mandatory injunction*, ordem que obriga o réu a fazer algo; ou b) *prohibitory injunction*, que impõe ao réu uma ordem restritiva, ou seja, obriga-o a não fazer algo, e tem como característica ser uma medida preventiva.¹⁷

A ordem de separação de corpos configura *prohibitory injunction*, posto requerer a conduta negativa por parte do demandado. Isto se justifica pelo fato de que não basta que ele cumpra a conduta comissiva de afastar-se do lar conjugal, é preciso garantir que para lá ele não retorne. Caso contrário, bastaria que ele se ausentasse do lar por um breve momento, a fim de dar fiel cumprimento à ordem judicial, podendo voltar logo após.

Destarte, o afastamento do lar conjugal por um dos cônjuges é espécie de *restraining order*, mais conhecida no direito norte-americano como *kick out order*. De outro lado, a ordem dirigida ao renitente para que não moleste, ou entre em contato com o demandante, é conhecida como *stay away order*. Esses remédios (*injunctions*), também são conhecidos como DVRO – *Domestic Violence Restraining Order*.¹⁸

Como já mencionado, a desobediência a uma *injunction* resulta na aplicação da sanção por *contempt of court*, instituto inerente aos sistemas fundados na *common law*, que visa salvaguardar a dignidade da justiça. Ou, como esclarece a doutrina inglesa, “the rules embodied in the law of contempt of court are intended to uphold and ensure the effective administration of justice”.¹⁹

Em geral, a desobediência à ordem judicial corresponde à espécie de *civil contempt*, cujas sanções aplicáveis (prisão ou multa) possuem natureza coercitiva, em oposição ao *criminal contempt*, cujas sanções aplicáveis (prisão ou multa) têm natureza punitiva, embora não se confundam com as penas afliativas do Direito Penal.

¹⁷ ANDOH e MARSH, op. cit., p. 245.

¹⁸ O escritório de advocacia Chulak Shiffman, Quinsberry & Drescher LLP, esclarece que: “A DVRO can be used to restrain anyone of following: 1. your spouse or former spouse; 2. anyone who has resident with you; 3. someone you have been engaged to; 4. someone you have a child with; 5. someone you have date; 6. a family member by blood, marriage or adoption”. Esclarece ainda que: “A court has the power to enter any of the following order, if justified: 1. a kick-out order, removing the person from the residence; 2. a stay-away order keeping the person away from you, your residence, work, children, children’s school, child care center, and/or your car; 3. an order not to call, contact, molest, annoy or bother you; 4. an order that the person not attack, strike or threaten you; 5. an order restraining the person from removing the children out of the state or county; 6. orders for custody of the children; 7. orders for visitation, including restrict visitation; 8. an order that the person surrender his gun to the police and not obtain again”. Disponível em: <<http://www.mtclaw.com/DFL.html>>. Acesso em 4 jul. 2005.

¹⁹ SUFRIN, Brenda; e LOWE, Nigel. *The law of contempt*. London: Butterworths, 1996, p. 1.

O que se pretende com a aplicação da sanção por *civil contempt*, é compelir o destinatário da ordem a cumpri-la. Ou seja, caso cumpra a ordem, a sanção seria imediatamente suspensa. Diferentemente da sanção punitiva, que deverá ser aplicada independentemente de conduta posterior do destinatário da ordem.

Assim, no *common law*, para o caso específico da ordem de afastar-se do lar conjugal, poderia ser imposta a sanção de multa coercitiva, ou ainda, imposta a prisão por meio de uma *committal* (denominação dada à decisão que aplica a prisão por *contempt* quando descumprida uma *injunction*). E se aplicada a sanção de prisão, esta implicaria em *criminal contempt*, em razão das peculiaridades que afloram da situação concreta, a despeito da natureza civil da demanda.²⁰

Saliente-se que a prisão em razão do *contempt* deverá ser restrita a período nunca superior a dois anos (conforme o Contempt of Court Act, 1981), ou seja, em caso de descumprimento da ordem, o renitente não poderá permanecer preso por mais de dois anos, mas podendo livrar-se solto tão logo se comprometa a cumprir a ordem judicial.

A grande vantagem da aplicação do instituto do *contempt of court* nos casos de desobediência da ordem judicial é que a sanção é aplicada mediante a simples *committal*, no mesmo procedimento, mediante o juízo de equidade, sem a necessidade de ação própria, ainda que guardando natureza punitiva. Outrossim, nada impede ainda a aplicação de multa coercitiva, no caso do réu recalcitrante se recusar a deixar o lar conjugal, e, tampouco, a imposição da multa punitiva, em razão do *criminal contempt*.

6. O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

O crime de desobediência é a conduta típica do artigo 330 do Código Penal brasileiro. O Código Penal entende a atividade administrativa em sentido amplo, considerando toda atividade estatal, razão pela qual a desobediência a ordem judicial deve ser tipificada como crime de desobediência.²¹

Em razão da recalcitrância do destinatário da ordem judicial emanada do juízo do cível, a jurisprudência recente tem admitido como forma de coação a declaração da possibilidade da prisão em caso de desobediência. Ou para os juízes mais cautelosos, através da declarada possibilidade de o recalcitrante ser processado e condenado pelo crime de desobediência.

²⁰ Cf. BRYAN, Geoffrey L. *Harnessing the Court's contempt power to punish disobedience of Court orders*. Disponível em: <http://home.earthlink.net/~geoffbryan/contempt.html>. Acesso em 4 jul. 2005.

²¹ Cf. COSTA JR., Paulo José da; e PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Melheiros, 1999, p. 16.

Para tal construção, o ordenamento jurídico impõe grandes obstáculos. O primeiro a ser considerado é o não-cumprimento da ordem *ad eternum*, pois o cumprimento da pena pelo destinatário da ordem não resulta no adimplemento da obrigação. Em segundo lugar, considere-se a pena imposta, que pode ser atingida pela famigerada prescrição retroativa, que extinguirá a própria ação penal. Em terceiro, a questão da prisão em flagrante do renitente, com base no artigo 301 do CPP. Por certo, o juiz do cível tem poderes para determinar a prisão em flagrante, considerando o sistema de jurisdição única, adotado pelo ordenamento pátrio. Entretanto, difícil, mesmo para os mais entendidos, é averiguar o momento exato em que ocorreria o flagrante.

Há divergências na doutrina em relação ao flagrante para ao crime de desobediência. Segundo Vicente Greco Filho²², “se a desobediência já ocorreu, o juiz desobedecido não pode decretar a prisão do agente, cabendo-lhe remeter cópia das peças pertinentes ao Ministério Público”. Em outra hipótese, “se a desobediência ainda não ocorreu, não pode haver decreto antecipado de prisão, porque a eventual situação de flagrância não admite decreto de prisão. Flagrante se efetiva, não se decreta”.

A despeito de tais colocações, é preciso considerar o caráter permanente do crime de desobediência. Crime permanente é aquele cuja consumação se protraí no tempo, o que autorizaria o flagrante enquanto perdurar o estado de desobediência.

Considerem-se, ainda, as dificuldades que existem na tipificação da conduta, tais como a configuração do dolo (genérico); o fato de a desobediência ter sido praticada por autoridade, o que poderia caracterizar o crime de prevaricação, do artigo 319, CP; ou, ainda, o fato constatado de não ter havido dúvida quanto à legalidade da ordem. A conduta da desobediência ainda pode ser confundida com crime de responsabilidade, quando praticada por determinadas autoridades.²³

Destarte, a tipificação da desobediência da ordem judicial como crime de desobediência, nos moldes da sistemática penal atual, resulta em coercibilidade pífia, diante da punibilidade que proporciona.

A Lei nº 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais, introduziu no sistema novo procedimento para o tratamento dos crimes definidos como sendo “de menor potencial ofensivo”. Estes passaram a ser de competência dos Juizados, aos quais a lei determinou, como parâmetro para fixação de competência, o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato para o crime.²⁴

²² GRECO FILHO, Vicente. Prisão por desobediência. *Revista do IAP*, n. 20, 1992, p. 196.

²³ Cf. MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 722, 1995, p. 390-391.

²⁴ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

O crime de desobediência, por ter pena máxima privativa de liberdade cominada em seis meses de detenção, passou a ser de competência dos Juizados Especiais Criminais. Desse modo, em razão dos princípios da simplicidade e informalidade que norteiam o sistema dos juizados, muito dificilmente o desobediente chegaria a sofrer a detenção. A própria transação penal, a ser efetuada entre o juízo e o representante do Ministério Público, admitida no artigo 76 da Lei, nos casos de ação pública incondicionada, pode resultar em pena alternativa a ser aplicada ao réu.²⁵

Ante esses breves comentários, é possível concluir que a sanção em razão do crime de desobediência não alcança a efetividade pretendida. E, considerando que o temor psicológico causado no inadimplente é justamente a razão de ser das medidas coercitivas, a imputação ao recalcitrante do crime de desobediência, apesar de permitida e tecnicamente correta, não é solução para a efetividade da tutela mandamental. A “penalização” do sistema processual civil pouco ajuda, como restou demonstrado.

7. A IMPOSIÇÃO DA PRISÃO E DA MULTA PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM DO AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL

A multa diária de natureza coercitiva deve se utilizada para compelir o cônjuge a deixar o lar conjugal, contudo carece de eficácia para compeli-lo a permanecer afastado da moradia.

Ante a possibilidade concreta de ocorrer o retorno à residência do casal, seria pertinente a imposição, na mesma decisão, da multa punitiva a ser aplicada em caso de desobediência, com fundamento no artigo 14, parágrafo único, do CPC. Nada impede que haja a cumulação da sanção coercitiva com a sanção punitiva, já que as sanções guardam objetivos distintos.

Saliente-se que a multa punitiva deverá ser fixada em valor consideravelmente alto em relação ao caso concreto, para que possa fazer jus ao caráter de pena. Do contrário, o renitente poderia chegar à conclusão de que o seu retorno ao lar sairia barato.

A limitação do montante da multa contida no parágrafo único do artigo 14, do CPC, deverá ser visto com cautela e diante da realidade apresentada na lide, principalmente, nas demandas sem conteúdo econômico, em que o valor da causa é atribuído por estimativa da parte.

²⁵ *Ibid.*, p. 4ss e p. 67ss.

Com relação à possibilidade da imposição da prisão civil coercitiva, já aludida anteriormente, o seu comportamento mostra-se diferente nos casos de separação de corpos. Pois, como já observado, o demandante pretende que o cônjuge permaneça afastado do lar, ou seja, é preciso que haja medida hábil a ensejar coercibilidade suficiente a garantir que não haja o retorno ou a desobediência da ordem judicial.

A prisão civil é a melhor alternativa a compelir o destinatário da ordem a cumprir a determinação judicial de deixar a residência. Por certo, mantém a medida coercibilidade suficiente, já que pode ser imposta pelo juiz da causa na própria decisão que concedeu a tutela de urgência, o que confere à medida maior celeridade e eficácia.

Por outro lado, a prisão coercitiva parece ser de pouca valia no tocante a compelir o renitente a permanecer afastado, já que no caso do seu retorno, estaria sujeito inevitavelmente ao processo por crime de desobediência.

Como adverte Marinoni, “a prisão, depois de descumprida a ordem judicial, somente conserva caráter coercitivo no caso em que ainda se espera um fazer infungível, pois, no caso em que a ameaça de prisão objetiva um não-fazer, a efetivação da prisão evidentemente não pode ter função coercitiva”.²⁶

Com efeito, em considerando a intenção do renitente de desobedecer a ordem judicial e retornar à moradia do casal, incorreria ele no crime de desobediência, e mereceria a pena punitiva. A coercibilidade nesse caso resultaria da própria pena afliitiva presente em potencial na norma penal. Assim, a prisão civil coercitiva, para manter o destinatário da ordem afastado do lar conjugal, pareceria redundante.

Entretanto, imperioso considerar que a “aflição” contida na norma que tipifica o crime de desobediência não gera os efeitos psicológicos esperados, pelas razões já expostas em item anterior. Mesmo em considerando a possibilidade do próprio juízo do cível decretar a prisão em flagrante delito (considerando o caráter permanente do crime), a aplicação da sanção penal ainda não se mostra a melhor alternativa.

8. CONCLUSÕES

A medida de urgência consistente na ordem judicial para que um dos conviventes ou cônjuges afaste-se da morada do casal, e pode guardar natureza cautelar ou natureza antecipatória, dependendo do procedimento incidente e dos efeitos gerados. No plano empírico, ambas as medidas resultariam em repercussão física, exigindo efetivação por meio de atos executivos.

A decisão deverá ter como conteúdo tudo aquilo que puder garantir a efetividade da tutela específica. Poderá conter ordem de afastamento do lar, de permanecer afastado do lar, assim como ordem proibitiva de se aproximar do lar ou da parte autora.

O sistema permite tanto a imposição de medidas sub-rogatórias quanto coercitivas para a execução da medida de separação de corpos. Como medidas executivas coercitivas, admite o sistema tanto a multa diária quanto a imposição da prisão civil. E como medidas punitivas, o sistema admite a multa por ato atentatório à administração da justiça e permite, ainda, o indiciamento por crime de desobediência.

9. REFERÊNCIAS

ANDOH, Benjamin; MARSH, Stephen. *Civil remedies*. England: Dartmouth, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, West publishing C.O., 1998.

BRYAN, Geoffrey L. *Harnessing the Court's contempt power to punish disobedience of Court orders*. Disponível em: <http://home.earthlink.net/~geoffbryan/contempt.html>. Acesso em 4 jul. 2005.

CHULAK SHIFFMAN, QUINSENBERRY & DRESCHER LLP. Disponível em: <http://www.mtclaw.com/DFL.html>. Acesso em 4 jul. 2005.

COSTA JR., Paulo José da; e PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. Prisão por desobediência. *Revista do IAP*, n. 20, 1992.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 722, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental – da Alemanha para o Brasil. In: *Temas de Direito Processual Civil*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: E.J. E. A., 1955, t. 2.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUFRIN, Brenda; LOWE, Nigel. *The law of contempt*. London: Butterworths, 1996.

THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Leud, 1994.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 75-101, jul/set 1996.