



# A PRISÃO CIVIL PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL COMO MEDIDA ASSECURATÓRIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

*Bruno Preti de Souza*

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - SP  
Advogado

*Sumário:* 1. Considerações iniciais; 2. O Acesso à Justiça; 3. A importância da prisão pelo descumprimento de ordem judicial como garantia do Estado Democrático; 4. A prisão civil como garantia do acesso à ordem jurídica justa; 5. A natureza jurídica da prisão instituída pela Lei 11.340/2006; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

## 1. Considerações iniciais

Ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao direito constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A Constituição Federal de 1988, com suas virtudes e imperfeições, teve o mérito de criar um ambiente propício à superação dessas patologias e à difusão de um sentimento constitucional, apto a inspirar uma atitude de acatamento e afeição em relação à Lei Maior. Assistimos hoje a uma grande preocupação com a efetividade do texto constitucional, com o seu real cumprimento, com a concretização da norma no mundo dos fatos e na vida das pessoas<sup>1</sup>.

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe assim, entre a norma e a realidade social uma tensão permanente, de onde derivam as *possibilidades* e os *limites* do Direito Constitucional, como forma de atuação social<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Luiz Roberto Barroso. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?)*. p. 47.

<sup>2</sup> Konrad Hesse. *La fuerza normativa de la Constitución*. p. 75.



No presente trabalho analisaremos a possibilidade de o Estado fazer com que suas decisões sejam cumpridas, utilizando-se para tal desiderato seu Poder de *Imperium*, através da privação da liberdade. Isso porque a prisão, utilizada em casos excepcionais, pode vir a ser o melhor método para coagir alguém a cumprir uma ordem judicial. A verdade hoje é uma só: o Poder Judiciário encontra-se em xeque. Os processos se arrastam durante anos para solucionar as lides e, aliado a este fato, o grande número de decisões judiciais descumpridas impedem a restauração do estado fisiológico do direito. Falta, portanto, efetividade ao Judiciário.

O Estado Democrático é um sistema político composto de múltiplas dimensões que se desenvolvem em diferentes níveis de profundidade. O seu ser é processual. Isto significa que a realidade produzida por um regime democrático constitui-se de várias formas de *liberdades*. A democracia engendra-se neste cruzamento de liberdades que, assim, concretizam. Espaço pluridimensional, a democracia abre-se ao seu perpétuo deciframento, a novos intentos de escutar o sentido do que, nela, está nascendo. Se a noção de todo é importante para que possamos apreender o movimento de articulação destas dimensões que, na sua determinação recíproca, a produzem, devemos entendê-la na sua abertura originária, isto é, no seu movimento de expansão, produtor de novas liberdades e direitos<sup>3</sup>.

Assim justificou o Senador Pedro Simon, autor do Projeto de Lei 132/2004 que altera o artigo 14 do CPC, permitindo a prisão pelo descumprimento de ordem judicial: *“Assim, a fim de alcançar o resultado pretendido pelo legislador e para dar maior eficácia à prestação jurisdicional, mormente no que diz respeito aos provimentos de natureza mandamental, sugerimos a cominação de prisão como sanção para o seu descumprimento. E vale lembrar que não há incompatibilidade com a ordem constitucional vigente.(...) Nos termos da proposta de alteração legislativa que segue, a prisão não advém do inadimplemento de uma obrigação, mas sim do descumprimento de uma ordem judicial”*.

Vale lembrar aqui as palavras do Constituinte Ulysses Guimarães quando da promulgação da Constituição Federal de 1988: *“(...) A Constituição durará com a Democracia e só com a Democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça”*. Assim, veremos que a prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial é um

<sup>3</sup> Denis L. Rosenfield. *O que é democracia*. p. 33.



método de coerção para que a mesma seja cumprida, que não afronta a Constituição Federal e, pelo contrário, assegura sua efetividade e resguarda o Estado Democrático de Direito.

A Justiça e a legalidade estão se revelando violentas estruturas da produção de diferenças, de desigualdades e o direito vem, cada vez mais, estabilizando-se como estrutura da burocracia, das injustiças, do descrédito, da ineficiência, da incompetência, da fraqueza e da anti-democracia.

Aumento do direito é também aumento do ilícito: inclusão sempre é, ao mesmo tempo, exclusão. O direito igual produz desigualdade já que as desigualdades naturais, ao serem tratadas pelo direito produzem novas desigualdades. KELSEN já havia falado dessa característica do direito. Logo, o direito não realiza integração nem consenso, ele produz diferenças e ativa o dissenso.

Trataremos do tema sob a ótica do acesso à Justiça e da tutela jurisdicional efetiva à luz da interpretação constitucional, visando o acesso à ordem jurídica justa. Outrossim, a título de exemplo, analisaremos a natureza jurídica da prisão instituída pela Lei 11.340/06, haja vista a sua natureza civil, como tentaremos demonstrar, isso porque, muito antes da Lei entrar em vigor, já vínhamos defendendo a prisão do marido que, afastado do lar conjugal em processo de separação de corpos, não cumpria com a determinação judicial e retornava ao lar conjugal, colocando em risco a integridade física e psíquica de sua mulher e de seus filhos. Porém, sempre houve o entendimento de que o juízo cível não poderia determinar a prisão do marido, sendo tal medida inconstitucional, ficando evidente a garantia à liberdade em relação à vida.

Dessa forma, demonstraremos que na atual conjuntura social brasileira, a prisão por descumprimento de ordem judicial é medida que se impõem a fim de assegurar às pessoas que buscam socorro do Judiciário para solucionar suas lides, a garantia dos seus direitos e, principalmente, do acesso efetivo à Justiça.

## **2. O acesso à Justiça**



O conceito de acesso à justiça tem sofrido transformações importantes, principalmente sob o enfoque processual. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-lo adequadamente, na prática<sup>4</sup>.

Assim, sob um enfoque conservador, a possibilidade legal de demandar e de se defender em juízo, bem como de obter uma sentença e dela recorrer era suficiente para caracterizar o acesso à justiça.

Várias mudanças foram propostas com o fito de tentar aproximar o judiciário do povo, podendo-se citar as seguintes: a) diminuição ou supressão de custas; b) concepção de instrumentos para a defesa de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos; c) criação dos juizados especiais (informados pelos princípios da gratuidade, da oralidade, da simplicidade, da concentração, do *ius postulandi*, da equidade nas decisões), d) promoção das formas alternativas de solução dos conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, comissões de conciliação prévia)<sup>5</sup>. Nesse sentido CAPPELLETTI identifica os seguintes obstáculos ao acesso efetivo à justiça: 1) custas judiciais<sup>6</sup>; 2) possibilidade das partes<sup>7</sup>; 3) defesa dos interesses difusos.

<sup>4</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. p. 09.

<sup>5</sup> Rodrigo Goldschmidt. *O acesso à justiça, a afirmação da dignidade humana e o exercício da cidadania*. p. 235-242.

<sup>6</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. p. 19. Dentro das custas judiciais em geral, os autores fazem menção às pequenas causas e ao tempo. Com relação ao tempo, afirmam que as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos para uma decisão executável e, os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores, aumentando os custos para as partes e pressionando os economicamente mais fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (p. 20).

<sup>7</sup> Com relação à possibilidade das partes, cogita-se da denegação ou da garantia de acesso efetivo à justiça. Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas; litigantes habituais, isto é, pessoas que costumam ter maior contato com o Judiciário, levam vantagem em relação aos litigantes eventuais, pois estes costumam ter contato isolado e pouco freqüente com o sistema judicial.



Não bastasse termos em mente que o Estado chamou para si a capacidade de dirimir os conflitos que ocorrem no seio da sociedade, é preciso algo mais. Dentro desse contexto, é preciso verificar que essa atribuição que o Estado passou a ter também lhe trouxe deveres. Um desses deveres é que a prestação da tutela jurisdicional seja efetiva, através de um processo válido, justo e eficaz. Nesse âmbito de idéias é preciso analisar quais são os pontos que podem se tornar um obstáculo a essa prestação de maneira efetiva. Esses pontos foram denominados de pontos sensíveis da prestação jurisdicional, quais sejam: 1) custo de admissão ao processo; 2) racionalização e simplificação dos procedimentos<sup>8</sup>; 3) decisão justa<sup>9</sup>; 4) decisão útil.

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade<sup>10</sup>.

O acesso à justiça é mais do que o ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, soluções e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter. Seja porque a lei veda a satisfação voluntária de dadas pretensões (p. ex., anulação de casamento), seja porque a pessoa de quem se poderia esperar a satisfação não satisfaz (inadimplemento), quem não vier a juízo ou não puder fazê-lo, renunciará àquilo que aspira. Em outras palavras, não terá acesso à ordem

---

<sup>8</sup> Se o processo quer demonstrar que é efetivo, ele tem que levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, ou melhor, as características do direito que ele pretende tutelar. Não há um procedimento único. Assim, o procedimento para retificação de assento de nascimento não é o mesmo para a adoção. Então, o processo somente será racional, de certa forma simplificado, na medida que ele observar as características do direito que ele pretende tutelar e, quando falamos em racionalização e simplificação procedimental, quanto mais racional e simplificado, melhor será o procedimento em termos temporais.

<sup>9</sup> Haverá justiça nas decisões quando for possível dar a cada um o que lhe pertence. A decisão justa, embora fundamental, é um elemento que precisa ser completado por outro, decisão útil, ou seja, capacidade de produção de efeitos. Assim, o que adiantaria determinar o pagamento de pensão por conta do falecimento do marido a uma viúva e, por conta do tempo que demorou o processo, quando a decisão é proferida, a viúva já faleceu? A decisão é justa, porque está dando para ela aquilo que ela tem direito, mas é inútil para seu titular, haja vista a não produção de efeitos em razão do falecimento.

<sup>10</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. p. 115.



jurídica justa nos casos em que, por fás ou nefas, sem o processo não possa sequer chegar até o processo<sup>11</sup>.

A universalidade da tutela jurisdicional constitui acentuadíssima tendência generosa da atualidade e está presente nas preocupações e nos movimentos dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso na justiça, jurídica ou de fato (econômicos, sociais) são óbices graves à construção dos objetivos processuais e, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, ela impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico<sup>12</sup>.

A falta de acesso não permite ao cidadão liberar-se do peso da insatisfação trazido pelo conflito, obrigando ao mesmo aceitar, muitas vezes “calado”, a autotutela privada do mais astuto ou do mais forte. Diga-se, que isso faz com que o cidadão se sinta desprotegido, desamparado pelo Estado, o qual, na sociedade de massa, funciona até mesmo como símbolo da autoridade procurada pelo cidadão comum. Essa situação é geradora de infelicidade pessoal e, num plano coletivo, é fonte propícia à desestabilização social<sup>13</sup>.

Dessa constatação surgiu a idéia do acesso à justiça, ou seja, de uma justiça efetiva e transformadora, que atue no plano concreto da realidade social da vida das pessoas que se socorrem do Judiciário e tente resgatar a dignidade da pessoa humana, restaurando-lhe o estado fisiológico do direito. Assim, com a superação dos pontos sensíveis da tutela jurisdicional, poderemos ter um processo efetivo, justo e eficaz e, tecnicamente, podemos falar em acesso à justiça.

Outrossim, nessa dimensão, podemos dizer que assume especial relevo o cumprimento das decisões emanadas do Judiciário. E, impondo a prisão quando necessário, levará o cidadão a retomar a confiança na administração da justiça, estimulando-o no

<sup>11</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. 1999. p. 283.

<sup>12</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. p. 274.

<sup>13</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. p. 165.



exercício dos seus direitos e ao respeito dos direitos alheios. Pior que uma justiça morosa, tardia, é uma justiça que não garanta o cumprimento de suas decisões.

### **3. A importância da prisão pelo descumprimento de ordem judicial como garantia ao Estado Democrático**

O sentido da democracia é uma decorrência de conteúdos em disputa. Assim, a luta democrática não ocorre, obrigatoriamente entre democratas e não-democratas, mas entre diferentes entendimentos da democracia; entendimentos que pressupõem pertencimento de classe, de grupos identitários, ideologia etc. Não se pode falar em democracia, contudo, sem falar em determinadas categorias, tais como os direitos humanos e fundamentais, sendo que estes, estão ligados diretamente à democracia, sendo que esta possui dois significados distintos, representados pelas expressões “democracia formal” e “democracia substancial”. A primeira diz respeito aos meios dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso, ou seja, independentes da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para alcançá-los. Uma vez que, na história da teoria democrática, entrecruzam-se motivos de métodos e motivos ideais, que se encontram fundidos na teoria de Rousseau, segundo a qual o ideal igualitário que a inspira (democracia como valor) se realiza somente na formação da vontade geral (democracia como método), ambos os significados de democracia são legítimos historicamente<sup>14</sup>.

No plano do Direito e, notadamente, no âmbito jurisdicional, a democracia substancial dá-se pela realização dos direitos fundamentais por meio do processo judicial, que é o instrumento do Poder Judiciário para a efetivação desses direitos, sendo ele mesmo um direito e uma garantia fundamental. Assim, todas as decisões do Poder Judiciário devem adequar-se aos valores plasmados na Constituição da República, que é a carta dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, vale ressaltar que a efetiva realização dos direitos e garantias fundamentais somente se dará com o cumprimento das decisões judiciais por quem a elas está sujeitas.

---

<sup>14</sup>Adalberto Narciso Hommerding. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”*. p. 09-30.



Segundo Max Weber a “violência legítima” (porque institucionalizada) seria o meio específico de atuação do Estado, o ponto singular básico a separá-lo de outras associações humanas organizadas hierarquicamente sobre um determinado território. Esclarece que a coerção não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado, em sua atuação, mas é seu instrumento específico<sup>15</sup>.

O cumprimento das decisões judiciais é o pressuposto essencial à viabilização da construção eficaz de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos e ajudando o Estado a cumprir com seus objetivos fundamentais (art. 3º da CF). Não há e nunca haverá Democracia sólida, profunda, ampla, estável e minimamente coerente se não houver a utilização de medidas coercitivas por parte do Estado para fazer com que suas decisões sejam cumpridas.

Sabemos que a Democracia vigia e se apodera das liberdades, principalmente as individuais; mas a liberdade, por si só, pura e simples, pode acarretar graves prejuízos ao Estado e a toda sociedade. Contudo, para se instituir a prisão por descumprimento de ordem judicial, há que ser analisado em cada caso concreto os interesses, bens, valores e princípios em jogo e ponderá-los à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e unidade constitucional.

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas mero instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe ao conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ele revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história<sup>16</sup>.

Segundo BOBBIO direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto encontra-se o

---

<sup>15</sup> Max Weber. *Ciência e política: Duas vocações*. p. 21.



Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito<sup>17</sup>.

Não vivemos num país democrático, mas num país que caminha para a democracia. Sabemos também que democracia é o “*governo do povo para o povo*”, ressaltando o disposto no artigo 1º, *caput*, da CF, onde constitui em Estado Democrático de Direito a República Federativa do Brasil, tendo como fundamento maior, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF).

Assim, a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. A democracia é um processo, e um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa de evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecidos de novos valores. Como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois, como qualquer vetor que aponta valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos. A democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem<sup>18</sup>.

Entender a prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como sendo inconstitucional, é conceder autorização para que a mesma seja descumprida, colocando em xeque a própria existência do Poder Judiciário. Tenta-se, com a utilização desse meio de coerção, manter a integridade da ordem jurídica e do próprio sistema democrático, sem a qual restará violada não só a ordem pública, a segurança nas relações jurídicas, mas haverá o rompimento com o próprio sistema democrático (artigo 1º da CF).

Vale aqui destacar as palavras do Desembargador Adão Sérgio do Nascimento: “*se as ordens judiciais não forem imperativas e se não houver sanção para o seu descumprimento não haverá mais necessidade nem de sua concessão e nem mais de Judiciário, pois de nada mais adiantaria ao cidadão, que teve seus direitos feridos, recorrer à Justiça, uma vez que as ordens judiciárias não passariam de ‘conselhos’ ou ‘recomendações’ de um juiz sem qualquer autoridade, de um Judiciário falido e de um Estado*”

<sup>16</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. p. 125-26.

<sup>17</sup> Norberto Bobbio. *O futuro da democracia*. p. 23.

<sup>18</sup> José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 126-32.



*Democrático de Direito absolutamente inane. Em tais circunstâncias, melhor que se extermine o Judiciário e se deixe que Executivo e Legislativo resolvam sobre todo e qualquer direito e reclamo dos cidadãos. Mas enquanto o Brasil for uma República (arts. 1º e 3º, da CF), enquanto houver tripartição de Poderes (arts. 1º e 2º, da CF), enquanto houver Judiciário e enquanto houver juízes, as decisões judiciais têm de ser cumpridas, mesmo que para isso seja necessário a prisão ‘incontinenti’ dos responsáveis.<sup>19</sup>*

Preceitua o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”. Pois bem, a ciência do direito, torna o Poder Judiciário o último elo de ligação entre a sociedade de direitos e o próprio direito (Justiça), a fim de solucionar litígios decorrentes da simples convivência social. Assim, é o Poder Judiciário o último meio para solucionar tais conflitos.

Segundo Marinoni, o direito à tutela jurisdicional não pode “*deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos*”.<sup>20</sup>

Dessa forma, se quisermos pensar o Direito Processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do Direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> TJRS. Agravo Interno n. 7000302176-3. 1ª Câm. Esp. Cív. Data: 27/03/2002.

<sup>20</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. p. 184.

<sup>21</sup> Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *Efetividade e tutela jurisdicional*. p. 666.



#### 4. A prisão civil como garantia ao acesso à ordem jurídica justa

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa falar dele como algo posto a disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional<sup>22</sup>.

Para isso é preciso que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos titulares de direitos reconhecidos pelo juiz. Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas. É preciso romper com os conceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de alterar o mundo, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa<sup>23</sup>, “*sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social*”<sup>24</sup>.

Consoante o artigo 5º *caput* da CF: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)*”. Ressalta-se que o direito à vida, à integridade física e psíquica são direitos personalíssimos e por isso absolutos, imprescindíveis, irrenunciáveis.

O clássico princípio chiovendiano segundo o qual o processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir assinala a linha da instrumentalidade substancial do processo, que não pode tolerar resistências injustificadas às ordens judiciais. E o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional não somente possibilita o acesso à justiça, mas também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação de tutela.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. p. 373.

<sup>23</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. p. 365.

<sup>24</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. p. 108.

<sup>25</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. p. 220.



Assim sendo, com a lide já em curso e com o conseqüente provimento jurisdicional emanado pelo órgão competente, esbarra-se no maior, senão o mais importante fator da morosidade e da descrença da justiça: o não cumprimento da ordem judicial.

Vale salientar que a Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso I, preceitua ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Como poderá então o Estado atingir tal desiderato se não consegue fazer com que sejam cumpridas as decisões judiciais? Como podemos atingir uma sociedade justa se o Estado não exerce seu Poder de *Imperium* no sentido de fazer cumprir suas decisões?

Instalar-se-ia o caos social, retornando-se ao exercício arbitrário das próprias razões, a falta de Poder do Estado em dar efetividade às decisões por ele emanadas. E aí poderíamos interpretar o texto constitucional supra mencionado como sendo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade INjusta, livre (no sentido de praticar qualquer conduta violadora de direitos e deveres sem o sofrimento de qualquer sanção) e desigualitária.

O direito liberal-clássico estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. É por isso que, diante do direito constitucional de origem liberal-burguesa, pensava-se em direito de defesa apenas em relação ao Estado. Nessa época, o Estado era visto na qualidade de “inimigo público”. Em razão disso, imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida. Considerando-se o Estado-Juiz, fica fácil perceber que a sentença reflete a ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana e a preocupação com a liberdade. Isso fica mais evidente quando se percebe que a Revolução Francesa, preocupada com tudo isso e com a possibilidade de arbítrio do Judiciário, proibiu o juiz de exercer seu *imperium*.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. p.39-40.  
[www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)



Assim, o Estado Liberal, ao fundar o reconhecimento das individualidades livres, mostra-se impotente diante da necessidade de imposição de uma ordem concreta frente à questão da insegurança jurídico-social-processual causada pelo descumprimento das decisões judiciais.

Os textos das Ordenações Filipinas que tratava das denominadas ‘cartas de segurança’ (Livro V, Título 128) continha os elementos formadores das modernas ações mandamentais e revela a fonte romana do instituto do ‘*contempt of court*’ recebido pelo direito anglo-americano da mesma vertente, mas que nós não preservamos, por influência do direito francês.<sup>27</sup>

No sistema inglês do século XIII, já se concebia um grande número de *writs*, sendo que os mesmo eram eficientes e completos para a época. Tais remédios serviam para que os cidadãos, na medida que viam seus direitos violados, requisitassem tal pedido ao Rei, a fim de ver seu caso julgado pelos Tribunais existentes; e assim foi sendo, para cada “caso” novo, um novo writ era criado.

Ocorre que, na medida em que os direitos iam sendo descobertos, os *writs* já não mais concebiam a proteção daqueles, sendo que a única saída era a concessão do perdão por parte do Rei: era a chamada *Chancery*. Segundo Marcelo Lima Guerra “a *Chancery* era apta a prestar a tutela específica das obrigações porque, atuando como corte de consciência, suas decisões vinculavam diretamente a pessoa do réu. Isso quer dizer que, ao se recusar a observar o que lhe determinava uma decisão do *Chancellor*, era considerado em *contempt of court* e mandado para a prisão até que se decidisse a cumprir o que determinava a sentença.”<sup>28</sup>

Assim, a expressão *contempt of court* designa em termos gerais a recusa em atacar a ordem emitida por uma corte de justiça. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade, dependendo da gravidade do *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. p.350.

<sup>28</sup> Execução indireta. p. 88.

<sup>29</sup> José Rogério Cruz e Tucci. *Lineamentos da nova reforma do CPC, Leis 10.352 e 10.358*. São. p. 17. Nesse sentido, RENÉ DAVID registra: aquele que de má-fé ou por má vontade não executa uma decisão da Corte torna-se culpado por contumácia e, como sanção, corre o risco de ser preso. O *contempt of court* aumenta o



Portanto, a origem do ‘*contempt of court*’ está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução dos litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade<sup>30</sup>.

Atualmente no Brasil, somente a prisão civil oriunda de dívida civil é vedada pelo nosso ordenamento jurídico, em face da regra contida no 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*), da Constituição Federal. As únicas exceções à prisão civil por dívida, e estas se interpretam restritivamente, são a prisão decorrente de inadimplemento de dívida de caráter alimentar e do depositário infiel.

A norma constitucional é clara: não haverá prisão civil por dívidas. Quando falamos em prisão decorrente do descumprimento de ordem judicial, não estamos falando em prisão civil por dívida, mas sim, de prisão como método de coerção, cuja finalidade nada mais é senão o cumprimento de uma ordem emanada pela autoridade Judiciária<sup>31</sup>. Portanto, a previsão da prisão civil, coercitiva, não é proibida no ordenamento brasileiro, cuja Constituição veda a prisão *por dívida*, nem pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, cujo artigo 7º afirma que ninguém pode ser preso por dívidas, exceto o devedor de alimentos.

Segundo ALEXANDRE DE FREITAS CÂMARA, pode o juiz, com o fim de assegurar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, ou o resultado prático equivalente, determinar a prisão do devedor que se recusa a cumprir a prestação? Pensamos que sim. Tal previsão é possível e deve ser determinada quando imprescindível para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. Note-se que a vedação constitucional é de prisão por dívida e não de prisão por descumprimento de ordem judicial. Tal restrição de liberdade,

---

prestígio das Cortes Superiores e contribui para consolidar fortemente a idéia de que existe de fato um Poder Judiciário (*O Direito Inglês*, p. 19).

<sup>30</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. p. 222.

<sup>31</sup> Interessante observarmos que no caso do depositário de bens penhorados, que se desfaz deles, não é visto pelo Supremo Tribunal Federal como depositário infiel, por não tratar-se de depósito voluntário, mas como desobediência de ordem judicial, ensejando a restrição da liberdade pelo juízo cível. Nesse sentido, preceitua a Súmula 619 do STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.



todavia, por ser excepcional, deverá ser determinada apenas em casos extremos. O §5º do artigo 461 do CPC implica a adoção de um remédio jurídico de natureza assemelhada à *injunction* do sistema da *commom law* e da ação inibitória do direito italiano.<sup>32</sup>

Segundo DONALD ARMELIN: “*urge dotar o Judiciário de instrumentos processuais que, através da coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva. Não se cogita de advogar a prisão por dívida, mas sim a restrição da liberdade por descumprimento de ordem judicial legítima. A isso não está inibido o legislador ordinário, pois a garantia individual insculpida no artigo 150, § 17 da CF/67*<sup>33</sup>, apenas veda a prisão por dívida. Vários Estados democráticos prevêem medidas desta natureza que não podem, por si mesmas, ser caracterizadas como de execução ou ditatoriais. A figura do *contempt of court* do direito anglo-saxônico está aí para demonstrar como a sanção indireta por descumprimento de ordem judicial pode ensejar a perda da liberdade, quando isto faz mister”.<sup>34</sup>

Temos lido em diversos acórdãos, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que “o juízo cível, em mandado de segurança, medida cautelar ou ação de natureza cível, só pode decretar a prisão de alguém, no caso de depositário infiel ou dívida decorrente de pensão alimentícia (...) No direito brasileiro não se conhece a prisão decretada em processo de natureza cível, relacionada com algum tipo de crime, seja qual for (...)” (RT 725/505). Se o tema for analisado sob a ótica de prisão por dívida, a resposta é esta mesma. Todavia, o que ocorre freqüentemente é a desobediência, a rebeldia do litigante em não se dispor a cumprir uma determinação do Judiciário no sentido de fazer ou não fazer algo que seja do direito do litigante em favor de quem o Judiciário se manifestou, desmoralizando assim a função jurisdicional, ou até mesmo se recusando a colaborar no esclarecimento dos fatos; ajudar para a justa e célere entrega da tutela jurisdicional; ou realizar o direito da parte vencedora. A Constituição proíbe a pena de prisão em razão de dívida, mas não a proíbe por resistência ilícita, de desrespeito, de afronta à ordem judicial. Se for evidente que o litigante está de má-fé, com a intenção apenas de dificultar ou impossibilitar a efetivação da prestação do serviço

<sup>32</sup> Alexandre de Freitas Câmara, *Lineares de novo processo civil*. p. 75.

<sup>33</sup> CF/67 – Art. 150 (...) § 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. Igualmente preceituou a Constituição Federal de 1946 em seu artigo 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*”.



judiciário, e não se tratando de obrigação de pagar determinado *quantum*, na há vedação constitucional.<sup>35</sup>

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática<sup>36</sup> é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaças as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares.<sup>37</sup>

Vale ressaltar o preceituado pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. Segundo o Papa João XXIII, na Encíclica *Pacem in Terris*, bem comum constitui o conjunto de fatores que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana<sup>38</sup>.

A Constituição e as leis, portanto, visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro, em uma das raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu,

---

<sup>34</sup> *A tutela jurisdicional cautelar*. p. 111-137.

<sup>35</sup> Jorge de Oliveira Vargas. *A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível*. p. 797. Em outra época, disse PONTES DE MIRANDA: “*O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não pagamento de dívidas [referindo-se à Constituição de 1967], 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. A prisão civil por inadimplemento de obrigações que não sejam pecuniárias, é sempre possível (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol XII. p. 449-50).*”

<sup>36</sup> A idéia de sistema vincula imediatamente outras, tais como de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.

<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 136.

<sup>38</sup> Nesse sentido preceitua o artigo 6º da Lei 9.099/95: “*O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum*”. Segundo DINAMARCO, “*esse dispositivo não tem sentido de autorizar o juiz a decidir por equidade. Mantém-se o sistema de jurisdição de direito, mas a extrema plasticidade do novo processo e essa patética recomendação de justiça ao juiz constituem motivo de esperanças num sensível aperfeiçoamento nas técnicas de julgamento, mesmo tendo o juiz diante de si as limitações representadas pelo direito positivo que ele há de compreender adequadamente (Cândido Rangel Dinamarco. A instrumentalidade do processo. 12ª ed. p. 364).*”



precisamente para consagrar o método teleológico, ao dispor, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Nem sempre é fácil, todavia, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação, deverá o intérprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança, a justiça e o bem-estar social.<sup>39</sup>

O sacrifício da liberdade só será possível se o bem jurídico a ser protegido for de tal relevância que o justifique, pois deverá haver compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados. Dissertando sobre a atuação dos juízes no regime democrático, o Ministro Celso de Mello afirmou que: “... *o papel desenvolvido pelos magistrados, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva, pois, no contexto dessa permanente situação conflitiva que se origina das relações estruturalmente sempre tão desiguais entre as pessoas e o Poder, compete aos juízes, enquanto guardiões de um ordem jurídica justa e legítima, fazer prevalecer o compromisso de respeito e de incondicional submissão do Estado ao regime das liberdades públicas, assinalando, a cada momento, no desempenho de sua atividade jurisdicional, que as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de uma irrecusável inexauribilidade.*”<sup>40</sup>

A decretação da medida coercitiva de privação de liberdade deve levar em conta os valores que estão “em jogo”, os bens tutelados levados ao crivo do Judiciário, pois somente daí, com base nas circunstâncias do andamento da demanda judicial, poderá ser emanado tal decreto sem que tal medida se torne ilegal, abusiva e desnecessária.

É preciso interpretar a prisão como forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade. Realmente, a prisão, no caso, nada tem a ver com dívida. Trata-se de meio coercitivo para cumprimento das determinações judiciais<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 140.

<sup>40</sup> Jorge de Oliveira Vargas. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. p. 19-20.



Segundo BARROSO, a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>42</sup>.

Se o juiz recebe o poder/dever de entregar a tutela jurisdicional deve receber também os meios necessários para tanto. *Data venia* a culpa da não efetividade da justiça cível não é do legislador, mas da construção jurisprudencial excessivamente tolerante com a chicana, má-fé, artimanhas processuais de toda ordem. Deixa-se tudo para resolver em perdas e danos e nada se modifica<sup>43</sup>.

Ante o descumprimento de ordem judicial, diretamente atingida temos a parte que não tem seu direito assegurado e resguardado pelo processo, sendo esta a grande prejudicada pela recalcitrância da outra parte em não cumprir com a determinação judicial e, indiretamente, temos o próprio Estado que, diante das sem número decisões não-cumpridas gera efeito contrário àquele que deveria produzir: pacificação social, composição dos litígios, vedação da autotutela, respeito à dignidade da pessoa humana, produção de decisões justas e úteis, respeito e preservação dos direitos e garantias fundamentais etc.

Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável e, outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização por contrariar-lhe o interesse político. A Constituição transforma-se, assim, em um mito, um mero instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não serão honradas<sup>44</sup>.

Nesse sentido, qual a razão de ser da norma constitucional que garante o direito à vida, à saúde, à integridade física, à honra, à propriedade, à segurança e tantos outros mais, se ao socorrer-se do Judiciário a fim de que tais direitos sejam tutelados quando lesados e/ou ameaçados, o mesmo órgão que profere uma decisão protegendo estes direitos, não faz com

<sup>41</sup> Sérgio Shimura. *Efetivação das tutelas de urgência e processo de execução*. p. 674.

<sup>42</sup> Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 248.

<sup>43</sup> Jorge de Oliveira Vargas. *A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível*. p. 798.



que esta decisão surta efeitos no plano fático, no plano da realidade social ante o descumprimento da decisão. E o que adiantaria impor a sanção pecuniária a quem não possui rendimentos para pagar ou a quem possui fartos recursos econômico-financeiros que mais vantajoso torna-se o pagamento da multa diária ao cumprimento da decisão?

Com efeito, MARINONI assevera que não é errado imaginar que, em alguns casos somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflituos concretos, está igualmente obrigado a usar dos meios necessários para que as suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado. Não se diga que esta prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois se tal fosse verdade não se compreenderia a razão para a admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de processo, como instrumento posto à disposição das partes, é que encobre a evidência de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Se o processo é, de fato instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando está em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida<sup>45</sup>.

À luz do Princípio da Unidade da Constituição, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na solução de colisões entre princípios constitucionais<sup>46</sup>: “Sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõem-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem segue-se como

<sup>44</sup> Luiz Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 63.

<sup>45</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipada, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista2/10.htm>. Acesso em 06.03.2007.

<sup>46</sup> TJRJ. AC 29.708-01. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho. *DORJ*, 29 de Agosto de 2002. P. 352.



consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos”.

Em decisão recente, proferida pela Vara do Trabalho da Comarca de União dos Palmares – AL, num litígio envolvendo o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Joaquim Gomes e o Município de Joaquim Gomes, foi determinado ao Município o pagamento aos servidores dos valores atrasados no prazo de 48 horas, sob pena de seqüestro de tais valores do Fundo de Participação dos Municípios e multa diária de 01 salário mínimo por cada servidor pelo descumprimento da decisão, com a imediata prisão do gestor municipal que incorrer no não pagamento<sup>47</sup>.

Após a decisão, a prefeita impetrou *habeas corpus* preventivo junto ao TRT-19ª Região, ante a possibilidade de prisão pelo descumprimento da decisão judicial.

O TRT Alagoano, invocando o caráter alimentar do salário, manteve a ordem e considerou o *habeas corpus* improcedente. A prefeita então, recorreu ao TST. No TST, o ministro Antônio de Barros Levenhagen, acolheu o recurso da prefeita, alegando em síntese: *“Diante desse princípio [de que toda execução é real e não pessoal], o eventual descumprimento da ordem de pagamento de salários ensejaria apenas a imposição de ‘astraints’, aliás já fixadas pelo juiz no valor de um salário mínimo por cada servidor. Conclui-se, portanto, que a ordem de prisão da Prefeita do Município de Joaquim Gomes pelo descumprimento da referida determinação ofende, em última instância, ao inciso LXVII do art. 5º da CF (...)”*.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Processo nº 00832-2005-060-19-00-9-025 – Vara do Trabalho de União dos Palmares – AL.

<sup>48</sup> TST – ROHC - Processo nº 155/2005-000-19-00.5. Data: 08/08/2006. Afirma DALMO DE ABREU DALLARI: *“Uma exigência básica, relativamente a democratização, é a mudança no relacionamento do Judiciário com o povo, sob vários aspectos. Antes de tudo, é indispensável que os juízes, de todos os níveis, percebam que eles existem em função do povo, que é quem lhes dá legitimação para proferirem julgamentos e cujos interesses devem merecer permanente respeito e atenção. Isso sem falar no fato de que é o povo quem paga o salário dos juízes”* (...) p. 144. Afirma também que a inconsciência de seu papel social influi para que juiz fique longe do povo e, em última análise, prejudica a apuração da verdade e a realização da justiça, reduzindo a utilidade e o prestígio do Judiciário. Nesse sentido, os juízes quando passam a integrar um tribunal de apelação, tem praticamente rompido seu relacionamento com o povo e este distanciamento torna-se tão grande que os juízes, em sua quase totalidade, esquecem que decidem em nome do povo e para o povo (*O Poder dos Juízes*. p. 146-47). Segundo ANTONIO CARLOS MAHIAS COLTRO é *“grave, pois, a função do Juiz que, entretanto, não se pode dela inebriar, permitindo que a toga lhe confira a aparência de um rei, transformando os jurisdicionados em súditos e a Comarca em seu reino”* (*Uma nova ética para o juiz*. p. 13). Segundo Evandro Gueiros Leite *“O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e das convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude voluntariosa, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras (...) assim, faz-se a distinção entre o juiz ativo e o juiz*



1. Em nome da unidade constitucional, reforça-se a idéia dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação das normas da Lei Maior. São eles que conferem unidade e coerência ao sistema e é a eles que se recorre na solução das tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistem hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição<sup>49</sup>.

Salienta-se que a doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada *ponderação de bens ou valores*. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro libertate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade<sup>50</sup>.

Outrossim, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Habeas Corpus preventivo. Impetrante alega ter justa razões para não entregar o filho ao pai, como determinado pelo Juízo de Família, frustrando as diligências encetadas neste sentido. Inexistência de ameaça de coação ilegal ou abuso de poder. Eventual decreto de prisão estará

---

*ativista numa tentativa de conceituação do ativismo atribuída a Roberto C. Berizonce: ‘o juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado ativo; será ativista se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor’*” (Ativismo judicial, in O Judiciário e a Constituição. p. 147-49).

<sup>49</sup> Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 202-03.

<sup>50</sup> Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 200-01.



baseado em justa causa: descumprimento de ordem judicial. Ordem denegada (TJRJ. HC 144.00042/06. 10ª Câm. Cív. Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira. j. 21/03/2006)”<sup>51</sup>.

Portanto, o Estado que prega a injustiça ao invés da Justiça, pelo fato de não ter suas ordens cumpridas, cai no descrédito da sociedade. A sociedade questiona tal situação: de que adianta determinada pessoa ter seu direito reconhecido se o real benefício ainda não obteve. Não devemos nos esquecer da superação dos pontos sensíveis da tutela jurisdicional. Não adianta termos uma decisão justa (que determina ao cônjuge varão, por exemplo, o afastamento do lar conjugal) se não tivermos uma decisão útil (que mantenha o mesmo afastado até decisão em contrário).

O Juiz assume amplos poderes no processo para decidir. Face às prementes exigências sociais do momento, deve o Juiz usar de sua discricionariedade para decidir de modo a assegurar a efetividade de suas decisões e resguardar e assegurar direitos, procurando, evidentemente, evitar abusos e arbítrios.

Segundo Rui Barbosa: “De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver crescer as injustiças; de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”.Desse modo, o problema hermenêutico ligado à pluralidade e ao choque de valores e princípios integrantes do ordenamento jurídico visando o efetivo acesso à Justiça e a maximização dos direitos fundamentais é o grande desafio de hoje.

Uma Justiça que não assegura os direitos daqueles que os possuem não passa de uma injustiça; um juiz que não faz com que suas decisões sejam cumpridas não sentencia, dá palpite. O que todas as pessoas e toda a sociedade esperam é uma prestação jurisdicional

---

<sup>51</sup> O direito positivo e a moral nem sempre caminham juntos. Às vezes se afastam muito. O direito, porém, não deve ser interpretado imoralmente. Ao interpretá-lo, deve o juiz entender a moral da época em que elaborado e aquela em que deverá aplicá-lo, à busca de solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias, sem refugir à inspiração da norma que interpreta. Bom caminho para o juiz é o do culto profundo do Direito, o aprimoramento do senso de imparcialidade, de responsabilidade e de Justiça, a preocupação com os direitos e faculdades, deveres e obrigações das partes em conflito e com a solução adequada das lides. Tudo sem o menosprezo ao interesse público e à necessidade de paz social. Deve o juiz zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função, não para ostentar força e posição social, mas para mostrar que a Justiça é instituição séria e que merece respeito e confiança. É de se lembrar, ainda, que qualquer que seja a conduta pessoal e funcional do juiz, ela se refletirá em imagem positiva ou negativa de Justiça, do Poder Judiciário, para o cidadão que o observa, para a sociedade em que vive (Sydney Sanches, *O juiz e os valores dominantes – O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por Justiça*. p. 189-195).



que venha a ser melhor do que é; que resguarde e garanta o livre exercício dos direitos básicos e fundamentais, afim de que possa viver de forma digna.

Portanto, cabe ao próprio Poder Judiciário repor o Estado nos trilhos e reorganizar a sociedade, fazendo com que suas decisões sejam cumpridas, restaurando assim, o estado fisiológico da sociedade, na medida que o ingresso ao Judiciário é o último caminho utilizado por aqueles possuidores de um direito violado, e se o órgão detentor de dizer o direito, solucionar os conflitos e pacificar as pessoas assim não o faz, então estamos em uma linha tênue entre a paz social e a anarquia total, pois nenhuma realidade tem um estatuto natural, podendo e devendo ser transformada segundo os valores e finalidades de uma sociabilidade democrática, em prol do bem comum.

## **5. A natureza jurídica da prisão instituída pela Lei 11.340/06**

Antes de mais nada, vale a pena ressaltar que nossa análise da Lei Maria da Penha restringe-se tão somente à possibilidade de prisão do agressor. Outras questões pertinentes à nova lei, não são de interesse deste trabalho. Assim, passemos a nossa análise.

A mulher, tendo em vista as conhecidas peculiaridades que são inerentes à sua própria condição feminina é merecedora de especial proteção jurídica na esfera penal. Isto é fato. Movimentos internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos não se cansam de denunciar os abusos diariamente cometidos contra a mulher e costumam apontar a sua constante situação de vítima das mais variadas modalidades de agressão, tais como violência física, psíquica, moral e patrimonial<sup>52</sup>.

Com a finalidade de dar uma especial proteção à mulher, o artigo 20 da Lei 11.340/06 prescreve que: *“Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”*.

Já o artigo 42 da lei, acrescentou ao artigo 313 do Código de Processo Penal o inciso IV, dando a seguinte redação: *“(…) IV- se o crime envolver violência doméstica e*



*familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.*

Segundo LUIZ SANTOS CABETTE “o dispositivo é providencial, constituindo-se em um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercivo da prisão preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no artigo 312 do CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no artigo 313 do CPP”.<sup>53</sup>

Vale salientar que prisão preventiva é uma medida cautelar de constrição da liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei, imposta pelo juiz em qualquer fase do processo, visando assegurar fins objetivamente processuais, a fim de que não se frustrem os objetivos da *persecutio criminis*.

Primeiramente, para que a prisão preventiva seja decretada deverão estar presentes os pressupostos justificadores da preventiva elencados no artigo 312 do CPP, exigindo-se, de início, a presença de prova da existência do crime e indícios de sua autoria a configurar o *fumus boni iuris*, e o *periculum in mora*.

O *periculum in mora* se apreende pela necessidade da prisão preventiva, demonstrada ou pela possibilidade de fuga do réu, ou necessidade da instrução criminal. O *fumus boni iuris* se apresenta de dois modos, ambos necessários: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

---

<sup>52</sup> Marco Antonio de Barros. *A nova lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher: um novo retrocesso jurídico?* p. 311-318.

<sup>53</sup> In Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: [www.jusvanigandi.com.br](http://www.jusvanigandi.com.br). Acesso em 15/02/2007. Art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Art. 313 do CPP – “Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I – punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal; IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.



Bom, para que seja então decretada a prisão preventiva, há que ter cometido o agressor um crime. Na análise do artigo 313, IV do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ocorre que nem sempre as medidas protetivas de urgência terão com fundamento a prática de algum crime cometido pelo agressor. Pode acontecer que o “agressor” tenha cometido uma contravenção, a exemplo da contravenção prevista no artigo 65 da lei das contravenções penais<sup>54</sup>.

Assim, para termos uma noção melhor com relação a este tipo penal, molestar significa ofender, melindrar, aborrecer, atacar, maltratar. A lei na expressão molestar, segundo SADI CARDOSO GUSMÃO, compreende a ação ou omissão vexatória, incômoda, ou seja, a provocação intolerável, ou de molde a causar desgosto ou gravame; a prática de atos contravencionais definidos na lei, com intenção direta de molestar, como sucede muitas vezes entre vizinhos impertinentes<sup>55</sup>.

Perturbar significa causar desordem, desassossegar. Dessa forma, o ato de molestar ou perturbar alguém deve ser determinado por acinte ou motivo reprovável. A conduta acintosa é aquela intencional, proposital; é a ação premeditada e destinada a desgostar alguém<sup>56</sup>. Motivo reprovável é o motivo desprezível, censurável, sem justificativa, ilegítimo, repreensível<sup>57</sup>; é aquele contrário aos sentimentos morais, sociais e jurídicos. Tem um significado ético. É a grande classe onde se incluem os motivos fúteis ou frívolos e os motivos torpes<sup>58</sup>.

Assim, o ex-marido, por exemplo, que passa a perturbar sua ex-mulher e esta obtém medida protetiva, nos termos do art. 22 da Lei 11.340/06, a fim de evitar que aquele continue incomodando-a, ficando impedido de se aproximar da vítima, de se corresponder com ela, de lhe dirigir a palavra, não pode ter sua prisão decretada mesmo com o descumprimento de tal medida protetiva, com fundamento na prisão preventiva. Isso porque

---

<sup>54</sup> Art. 65 da LCP – Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou motivo reprovável: Pena – 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

<sup>55</sup> Manoel Carlos da Costa Leite, *Manual das Contravenções Penais*. p. 406.

<sup>56</sup> Olavo de Oliveira Neto, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. p. 222.

<sup>57</sup> Arthur Migliari Júnior, *Lei das Contravenções Penais e Leis Especiais Correlatas*. p. 214.

<sup>58</sup> Manoel Carlos da Costa Leite *Manual das Contravenções Penais*. p. 407.



não haveria, nesta prisão o caráter de prisão preventiva, mas sim, prisão para assegurar a efetividade das medidas protetivas de urgência, prevista no artigo 22, § 4º da Lei 11.340/06<sup>59</sup>.

A prática pelo agressor de crimes de menor potencial ofensivo, como v.g., a prática de contravenções penais, crime de ameaça, difamação, injúria, constrangimento ilegal, violação de domicílio, violação de correspondência, dano, etc., não permite a prisão preventiva, mas sim a prisão para assegurar a efetividade da medida protetiva, haja vista seu caráter civil e não penal.

Com relação à prática de crimes mais graves, como tentativa de homicídio, lesão corporal de natureza grave, estupro etc., autoriza a lei a decretação da prisão preventiva. Porém, a prática de crimes de menor potencial ofensivo, não autoriza a prisão preventiva, mas sim, a prisão para assegurar a efetividade das medidas protetivas, tanto que, na hipótese de crimes mais graves, não há de haver, antes da expedição do mandado de prisão, medida protetiva anteriormente expedida, porém, com relação a crimes de menor potencial ofensivo, a prisão somente se justificaria se houver anterior expedição de medidas protetivas.

Dessa forma surge a primeira dificuldade, considerando o disposto no artigo 313 do Código de Processo Penal, que merece leitura em harmonia com o artigo 312, tanto que a ele se refere.

Vale dizer, a prisão preventiva será possível se presente um dos requisitos do artigo 312 (*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal*), desde que atendidos os pressupostos do artigo 313, merecendo então análise os incisos I e II, sem desprezar o III.

Em regra, a prisão preventiva terá cabimento quando tratar-se, a conduta praticada, de crime doloso punido com reclusão.

Excepcionalmente, será possível a prisão preventiva para os crimes apenados com detenção, desde que presente uma das situações relacionadas no inciso II<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Art. 22 – (...) §4º - Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do artigo 461 da Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”.  
[www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)



Vale lembrar que o artigo 42 da Lei 11.340/06, que acresceu o inciso IV ao CPP prevê a possibilidade de prisão preventiva a fim de assegurar o cumprimento da medida protetiva. Ora, não é possível a decretação da prisão preventiva com base somente neste dispositivo, haja vista que pode haver a expedição de medidas protetivas com base em contravenções penais, e o descumprimento de tais medidas justifica a prisão com base no artigo 22, § 4º da Lei 11.340/06 e não com base no CPP, o que tornaria a prisão ilegal.

Fica claro que a natureza jurídica da prisão pelo descumprimento de medida protetiva a fim de assegurar sua efetividade e resguardar a integridade física da ofendida é de natureza civil e não penal, apesar de ser decretada pelo juízo criminal, e não precisa possuir, como fundamento para sua decretação, os motivos justificadores da prisão preventiva. Trata-se de constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva à pessoa que praticou apenas contravenção penal ou crime de menor potencial ofensivo, devendo ser imediatamente relaxada (artigo 5º, inciso LXV, da CF).

*A contrario sensu*, a prisão decretada com fundamento nos artigos 312 e 313 do CPP possui natureza penal e deve ser utilizada com relação à prática de crimes graves cometidos contra a mulher, independentemente de prévia expedição de medida protetiva.

A prisão preventiva não pode ter caráter de sanção. O agressor não pode cumprir pena em consequência de uma juízo de culpabilidade. A prisão é uma mal irreparável, um estigma social, estando associada à prática de crimes muito graves. Dessa forma, não é a prática de um crime de menor potencial ofensivo que justifica a prisão preventiva, mas sim a prática de crimes graves. Do restante, é prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial, qual seja, medida protetiva, com a finalidade de coagir seu destinatário a cumpri-la.

Podemos falar inclusive em violação ao princípio constitucional da individualização da pena, a decretação da prisão preventiva em relação ao agressor que praticou crimes de menor potencial ofensivo, haja vista que referido princípio compreende: a) proporcionalidade entre crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato

---

<sup>60</sup> O artigo 129, §9º do Código Penal, apesar de aumentar a pena para aquele crime, não alterou sua qualidade e



praticado (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CF) e à vista do delito cometido. Assim, a prisão preventiva decretada contra àquele que praticou crime de menor potencial ofensivo é inconstitucional e deve ser imediatamente relaxada, devendo o Estado ser civilmente responsabilizado. No entanto, a fim de assegurar o cumprimento da medida protetiva, admite-se a prisão do agressor, com fundamento no artigo 22,§4º da Lei 11.340/06 e esta prisão não passa de uma prisão de caráter civil, em razão do descumprimento de uma ordem judicial.

Vale agora mencionar também o seguinte: qual o prazo da prisão civil pelo descumprimento de ordem quando trata-se de obrigação de não-fazer? Com relação às obrigações de fazer ou dar, a prisão mantém-se enquanto não for cumprida a obrigação. Como estabelecer um prazo quando tratar-se de obrigações negativas?

Entendemos que o prazo a ser fixado pelo juiz deve ser aquele previsto no artigo 177 do Código de Processo Civil<sup>61</sup>. Assim, por exemplo, poderá o juiz determinar a prisão do agressor pelo descumprimento da medida protetiva por um prazo de 30 dias e, numa segunda transgressão ao mandamento judicial, por 60 dias. Outrossim, o juiz deverá utilizar como critério fixador do tempo de prisão, a conduta social, a personalidade do agressor, aos motivos e circunstâncias da conduta do agressor, bem como ao comportamento da vítima, em analogia ao artigo 59 do Código Penal.

## **6. Considerações finais**

*Ex positis*, chegamos às seguintes conclusões:

A Constituição Federal não veda a prisão civil por descumprimento de ordem judicial. Diante do grande número de conflitos e do grande desrespeito às decisões judiciais, revela-se esta modalidade de prisão como sendo um método eficaz de coerção, a fim de serem cumpridas as decisões judiciais proferidas.

---

continua sendo *detenção*.

<sup>61</sup> Artigo 177 do CPC: “Os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei. Quando esta for omissa, o juiz determinará os prazos, tendo em conta a complexidade da causa”.



Para que este método coercitivo seja devidamente aplicado, devemos, antes de tudo, ponderar os bens e valores em jogo à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da unidade constitucional, sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais e da dignidade da pessoa humana, sob pena de serem cometidas injustiças.

Sem Justiça não há Democracia. Sem respeito às decisões judiciais, não há Justiça. Para que haja o fortalecimento e o respeito ao Poder Judiciário, no que tange ao cumprimento de suas decisões, nada mais resta senão utilizar-se da aparentemente drástica medida, a prisão, mas, mais drástica que a prisão é a lesão dos bens jurídicos mais valiosos que a liberdade que poderão estar em perigo ante o não cumprimento com a ordem judicial.

Vale ressaltar que o princípio máximo que deve ser observado em relação àquele que se socorre do Judiciário para ver um direito próprio reconhecido é o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, levando-se em consideração o acesso a uma ordem jurídica justa, haja vista constituir um direito fundamental.

Assim, o direito de ação deve ser efetivamente tutelado, reconhecido e efetivado, antes mesmo de qualquer outro direito, por isso que o descumprimento de ordem judicial acarreta gravame não somente à parte que tem seu direito lesado, mas também ao próprio Estado que não consegue cumprir com sua função institucional. Não há como reconhecer um direito sem antes reconhecer o próprio direito a uma tutela jurisdicional justa e útil, atendendo-se à efetividade processual.

Dessa forma, para que o processo seja um processo eficiente, um processo de resultado, somente com a ameaça de prisão é que poderá o Estado cumprir com sua função social, dando reconhecimento aos direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

Vale destacar a célebre frase de JOSEPH MOSKOWITZ: *“Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar a sua própria existência, retirando, daí, a própria função deste Poder: resolver as demandas judiciais que lhe são propostas”*. THOMAS JEFFERSON (1743-1826), Presidente dos Estados Unidos no período de 1801 a 1809, sucedido por James Madison, foi sempre favorável à independência dos juízes, fazendo, [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)



entretanto, a seguinte ressalva: “*Um Judiciário independente de um rei ou de um governo monocrático é uma boa coisa; mas independente da vontade do povo é um erro, pelo menos num governo republicano*”. Interessante também notar que para ele, a Suprema Corte, ao pretender saber o que era certo para a nação, chegava a representar o papel de Deus<sup>62</sup>. Portanto, o povo hoje clama, roga, suplica por Justiça, e o Judiciário não faz, ou não quer fazer, com que suas decisões sejam cumpridas e, a partir do momento que o Judiciário assim não o faz, nega Justiça a quem pleiteia e, ao que nos parece, dá o direito àquele que bate às suas portas, de agir com suas próprias mãos<sup>63</sup>.

Quando falamos em violência doméstica e familiar contra a mulher, a prisão preventiva decretada contra o agressor com fundamento na prisão preventiva, é inconstitucional, violando o princípio da individualização da pena, devendo ser imediatamente relaxada, quando a conduta praticada não constituir crimes graves.

A prisão preventiva decretada contra o agressor, com relação a crimes graves, possui natureza criminal. Porém, a prisão decretada contra o agressor que descumpra com a determinação judicial constante na medida protetiva, tem natureza civil e deve ser fundamentada no artigo 22, § 4º da Lei 11.340/06, quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo.

Com relação ao tempo de prisão do agressor, deverá ser observado o artigo 177 do CPC juntamente com o artigo 59 do CP, para que a prisão não se torne ilegal e seja cometida injustiça.

Finalizando o presente trabalho, conforme observou HANS KELSEN “*o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-lo como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Nesse sentido Platão identifica justiça e felicidade, quando afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz*”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Dalmo de Abreu Dallari. *O poder dos juízes*. p. 18-19.

<sup>63</sup> Quatro vezes mais que os americanos, os brasileiros parecem ter uma estranha propensão a dar tiros uns nos outros (Larry Rother, *The New York Times*, 20/10/2005).



## 7. Referências Bibliográficas

HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*, in Escritos de derecho constitucional. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madri: 1983.

ROSENFELD, Denis L. *O que é democracia*. 5ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O acesso à justiça, a afirmação da dignidade humana e o exercício da cidadania*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano XXXII, nº. 99, setembro de 2005. p. 235-242.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – Ajuris, ano XXXIII, nº. 103, setembro de 2006, p. 09-30.

WEBER, Max. *Ciência e política: Duas vocações*. Apud Mauricio Godinho Delgado. *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MARIONI, Luiz Guilherme. *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipada, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e não fazer)*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista2/10.htm>. Acesso em 06.03.2007.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. Ano IX, vol. 34, outubro/dezembro de 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. RePro nº 102, ano 26, abr/jun de 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>64</sup> *O que é Justiça?* p.02.



GUERRA, Marcelo Lima Guerra. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC, Leis 10.352 e 10.358*. São Paulo: RT, 2002.

DAVID, René. *O Direito Inglês*, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 19. Tradução de Eduardo Brandão.

CAMARA, Alexandre de Freitas. *Lineares de novo processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ARMELIN, Donald. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, n. 23, p. 111-137, jun. 1985.

\_\_\_\_\_ *A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível*. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil – set/dez – 1996 – vol. 03*.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Vol XII*, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_ *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?)*. Artigo publicado em: *A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário – Debates*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. São Paulo: 1999.

SHIMURA, Sérgio. *Efetivação das tutelas de urgência e processo de execução*. Vol. 02. Sério processo de execução e assuntos afins. São Paulo: RT, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*, São Paulo: Saraiva, 1996.

COLTRO, Antonio Carlos Mahias. *Uma nova ética para o juiz*. Coord. José Renato Nalini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. In: *O Judiciário e a Constituição*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANCHES, Sydney. *O juiz e os valores dominantes – O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por Justiça*. In: *O Judiciário e a Constituição*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROS, Marco Antonio de. *A nova lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher: um novo retrocesso jurídico?*. *Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo*, nº. 18, julho/dezembro de 2006.



CABETTE, Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: [www.jusvanigandi.com.br](http://www.jusvanigandi.com.br). Acesso em 15/02/2007.

LEITE, Manoel Carlos da Costa. *Manual das Contravenções Penais*. São Paulo: RT, 1962.

NETO, Olavo de Oliveira. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: RT, 1994.

JUNIOR, Arthur Migliari. *Lei das Contravenções Penais e Leis Especiais Correlatas*. São Paulo: Interlex, 2000.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, trad. Luis Carlos Borges, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_ *A instrumentalidade do processo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_ *A instrumentalidade do processo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.