

DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA NO DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Américo Bedê Freire Júnior*

“Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior [...]. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer”.

Pontes de Miranda

* Juiz Federal Substituto/ES; professor da Graduação e Pós-Graduação de Direito Constitucional e Processo Penal FDV; mestre em Direitos Fundamentais FDV; ex-promotor de Justiça/MA; ex-procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: O texto busca abordar a importância da criação de tipo penal para as autoridades que deixam de cumprir determinações judiciais em mandado de segurança. Traça uma evolução da doutrina e jurisprudência sobre o tema e reafirma a evolução legislativa brasileira em prol da efetivação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos e fundamentais e efetivação.

Abstract: The essays intends to analyse the relevance of the criminal responsibility of public authorities who intentionally disobey court decisions related to the writ of mandamus action. It draws the doctrinaire and jurisprudential line of evolution regarding the subject and reaffirms the progressive improvement of the Brazilian law towards the effectiveness of the fundamental rights

Keywords: Fundamental rights and effectiveness.

INTRODUÇÃO

Após mais de cinquenta anos de vigência, foi alterada a lei que disciplinava o mandado de segurança, sendo que a recente Lei n.º 12.016/09 prevê, no seu artigo 26, o seguinte:

“Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do [art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940](#), o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da [Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950](#), quando cabíveis”.

Trata-se de importante previsão que busca estimular o cumprimento de decisões judiciais e reconhece a necessidade de utilização do Direito Penal como meio de efetivá-las.

É sabido que, infelizmente, presenciamos uma crise sem precedentes relacionada ao descumprimento de decisões judiciais¹,

crise essa que em nada contribui para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito ou dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, cabe discutir em que medida faz-se necessário a tipificação do crime de desobediência para os agentes do estado que não obedecem ordem judicial destinada a efetivar direitos fundamentais.

DA IMPORTÂNCIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO NOVO TIPO PENAL DE DESOBEDIÊNCIA

O mandado de segurança ocupa papel ímpar em nosso sistema constitucional, sendo chamado por muitos, inclusive, de remédio heroico², de modo que precisa ter suas decisões cumpridas com celeridade e eficiência, sob pena de total ineficácia do instrumento.

Antes da lei, existia uma controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência acerca da possibilidade de o funcionário público, no exercício de suas funções, praticar o crime de desobediência.

A doutrina afirmava que o funcionário público não era, nessa condição, sujeito ativo do crime de desobediência. Cabe trazer à baila a lição de Luis Regis Prado³, ao afirmar que “sujeito ativo do delito é, em regra, o extraneus (particular), podendo também perpetrar o crime o funcionário público, desde que o cumprimento da ordem não esteja no âmbito de suas atribuições, já que, em tal caso, a conduta amoldar-se-á no disposto no artigo 319 do Código Penal (prevaricação)”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, admitia a possibilidade de servidor público cometer o crime de desobediência, como se extrai dos seguintes arestos:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. PARCELAS DEVIDAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE RECONHECE O DIREITO À INTEGRALIDADE. PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE. DECISÃO DE CARÁTER MANDAMENTAL. CRIME DE

DESOBEDIÊNCIA. SUJEITO ATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ADMISSIBILIDADE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.099/95. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A decisão que determina o pagamento da integralidade da pensão por morte possui caráter mandamental, motivo pelo qual a execução das parcelas vencidas após seu trânsito em julgado independe de precatório. Precedentes.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido da possibilidade de funcionário público ser sujeito ativo do crime de desobediência, quando destinatário de ordem judicial, sob pena de a determinação restar desprovida de eficácia.

3. Nos crimes de menor potencial ofensivo, tal como o delito de desobediência, desde que o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, compareça ou assuma o compromisso de comparecer ao Juizado, não será possível a prisão em flagrante nem a exigência de fiança. Inteligência do art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”.

(STJ, REsp 556814/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 27/11/2006 p. 307)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIA PÚBLICA NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.

O Eg. Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentou entendimento segundo o qual é possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções. Precedente.

Em qualquer das teses acerca da possibilidade do funcionário público, no exercício de suas funções, praticar o crime de desobediência, mostra-se inviável, a meu sentir, a ameaça de prisão em flagrante da paciente, porquanto se trata de crime de menor potencial ofensivo.

Ordem deferida para afastar a ameaça de prisão”.

(STJ, HC 30390/AL, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 25/02/2004 p. 200)

A novel lei tem a virtude de tentar acabar com as controvérsias ao admitir expressamente a possibilidade de servidor público responder por crime de desobediência⁴.

Servidor público, portanto, é sujeito ativo do crime de desobediência quando descumprir ordem judicial proferida no bojo de mandado de segurança.

O simples descumprimento já caracteriza o crime. Importante observar que descumprir a decisão judicial em mandado de segurança significa prosseguir com o ato coator, violando direitos fundamentais.

A autoridade tem o dever de dialogar e informar ao magistrado qualquer dificuldade operacional no cumprimento da decisão. Não é possível descumprir passivamente alegando impossibilidade no cumprimento de decisão.

É curioso que a autoridade ao descumprir a ordem judicial comete uma nova violação a direito fundamental, não sendo razoável exigir um novo mandado de segurança agora com escopo de cumprir a ordem judicial.

Aliás, deve ser lembrado que tecnicamente o descumprimento de ordem judicial caracteriza também ato de improbidade administrativa.

A autoridade coatora precisa assumir o ônus de sua função pública e o dever fundamental de respeitar as decisões judiciais. Não tem a autoridade coatora atribuição para descumprir a ordem judicial, nem funcionar como juiz do juiz, perquirindo oportunidade ou conveniência de se cumprir a ordem⁵.

De outra banda, perdeu o legislador a oportunidade de reconhecer, de modo adequado, a gravidade da conduta de desrespeito á decisão judicial, uma vez que, ao aplicar simplesmente o Código Penal, subsiste o problema de o crime de desobediência ter uma pena que máxima que, em tese, o transforma em crime de menor potencial ofensivo.

Sem dúvida houve uma omissão parcial no texto de lei, todavia, no atual estágio do constitucionalismo, sabemos diferenciar texto de norma e, inegavelmente, é impossível considerar desobediência um crime de menor potencial ofensiva.

Efetivamente, a leitura adequada do artigo 98 da Constituição Federal não pode implicar que o legislador infraconstitucional possa definir qualquer crime como de menor potencial ofensivo. Deveras, é uma indevida redução de complexidade considerar que, pelo fato de a pena ser inferior a dois anos, o crime é de menor potencial ofensivo.

Há uma clara violação ao princípio da vedação de proteção deficiente que deve ser aplicado ao caso para impedir a aceitação do crime de desobediência como crime de menor potencial ofensivo.

Nesse diapasão Maria Luiza Schafer Streck⁶ assevera sobre esse princípio :

Portanto, o Estado Democrático de Direito, não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas também, uma defesa contra qualquer poder social de fato! Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de “ir longe demais” (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de “fazer muito pouco” (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes. Daí que “quando um direito é invocado como direito negativo a questão é saber se o legislador foi longe demais. Quando é invocado como direito positivo ou dever de proteção (*Schutzpflicht*); a questão é saber se ele fez muito pouco para proteger o direito ameaçado”. Assim, só haverá a possibilidade de se reconhecer a proibição de proteção deficiente quando se estiver face a um dever de proteção, isto é, para explicar melhor, a *Untermassverbot* tem como condição de possibilidade o *Schutzpflicht*.

Lenio Streck ⁷ também leciona sobre a vedação de proteção deficiente:

“ Ter-se-ia então uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção

contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção. Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos “

Deve-se, portanto, considerar o fato como um crime comum e não de juizado ou de menor potencial ofensivo, o Estado não pode abrir mão e nem negociar o respeito às decisões judiciais, há uma proteção insuficiente na qual cabe ao interprete corrigir a fim de adequá-la as exigências constitucionais com o respeito aos direitos fundamentais.

Ora, o respeito às decisões judiciais faz parte do núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça. De nada adianta garantir o acesso à justiça se a decisão judicial não for cumprida⁸, razão pela qual é imprescindível a nova tipificação penal como meio de estimular o cumprimento das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

É preciso garantir as garantias. É admissível questionar, criticar, recorrer de decisões judiciais, mas elas não são meros conselhos, sugestões e, portanto, enquanto não forem reformadas, precisam ser rigorosamente cumpridas, devendo ser adequadamente sancionado o descumprimento.

Não é, portanto, crime de menor potencial ofensivo o crime de desobediência. Não podendo ser aplicado os benefícios da lei 9099/95.

É grave, muito grave, não cumprir decisões judiciais, sendo certo que, além da questão penal, é possível fazer uso de astreintes, da força policial, do poder geral de cautela, dentre outros, a fim de que haja o respeito para com a jurisdição.

No caso do mandado de segurança, as autoridades precisam ter consciência do seu dever de respeito para com as decisões judiciais e para com os direitos fundamentais.

Foi importante a previsão do crime de desobediência de servidor público, para que seja estimulado o cumprimento das decisões judiciais.

Oxalá consiga ser criada uma cultura do respeito às decisões judiciais, porém, enquanto isso não ocorre, é necessário que existam mecanismos aptos a fazer não valer a pena descumprir ordens judiciais. Nesse diapasão, a tipificação do crime de desobediência pode contribuir para o aperfeiçoamento dos direitos fundamentais.

REFERENCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of Court, RePro**, v. 102, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr/jun, 2001, p. 222.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2001, volume 04, p. 526

SARMENTO, Daniel . **Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

STRECK, L. L. . **A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico..** Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, p. 163-187, 2005.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado , 2009

NOTAS

¹ É fato notório que, recentemente, uma decisão do Supremo Tribunal Federal encontrou dificuldades em seu cumprimento por parte do Senado Federal.

² Perdeu a novel lei a oportunidade de incluir as violações de particulares aos direitos fundamentais como passíveis de controle por meio de mandado de segurança. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tema de discussão e que merece a devida atenção por parte de nossos legisladores. Sobre o tema, ver o livro de Daniel Sarmento. **Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

- 3 PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2001, volume 04, p. 526.
- 4 É claro que subsiste a discussão quanto ao descumprimento de ordens judiciais proferidas em outras ações.
- 5 Luiz Carlos Lugon lembra que “Um magistrado da Suprema Corte norte-americana esteve em nosso tribunal por volta de dois ou três anos atrás, e um juiz federal brasileiro formulou-lhe a seguinte pergunta:
Como se resolve nos Estados Unidos quando uma decisão da Suprema Corte não é cumprida?
- O magistrado, com a expressão nitidamente espantada, pediu-lhe que a pergunta fosse repetida. Depois disso, tergiversou um pouco para ganhar tempo e tentar se situar. Percebemos, então, que estava havendo um problema de comunicação e, realmente, foi preciso a intervenção da intérprete para verificar se ele havia entendido a pergunta que lhe fora formulada pelo juiz. Só então, nos demos conta de que o expositor norte-americano não conseguia entender o espírito da pergunta. Era tão inconcebível que uma ordem da Suprema Corte fosse descumprida, que o magistrado não conseguia entender a pergunta. Naturalmente, o nosso companheiro formulou essa questão tendo em vista os fatos que, corriqueiramente, acontecem em nosso País” R. CEJ, Brasília, n. 13, p. 80-88, jan./abr. 2001
- 6 STRECK, Maria Luiza Schafer. O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Livraria do advogado, 2009, p 80
- 7 STRECK, L. L. . A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico.. Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, p.175, 2005.
- 8 Na doutrina observa-se que é “inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução dos litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados ... negar instrumento de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência” Ada Grinover Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of Court*, *RePro*, v. 102, S.Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr/jun, 2001, p. 222.

Artigo recebido em: 13/05/2009

Aprovado para publicação em: 21/05/2009