

Diversos crimes de desobediência

Agapito Machado

Juiz Federal no Ceará e Professor Universitário.

A nossa legislação penal contempla diversas hipóteses de desobediência, entre as quais mencionamos os artigos 205, 319, 329, 330, todos, do Código Penal e art. 101 do Estatuto do Idoso.

Uma das maiores dúvidas sempre foi a de perquirir qual o exato tipo penal a punir aquele que descumpriu decisão judicial, notadamente a de natureza mandamental.

Desde a década de 90 escrevo sobre o tema.

O que acontece à autoridade que não cumpre decisões judiciais proferidas em Mandado de Segurança ou em outra ação de natureza mandamental? Responde por crime de desobediência (art. 330 do Cód. Penal), por prevaricação (art. 319 do Cód. Penal) ou não pratica nenhum crime, ante o princípio constitucional de que não há crime sem lei?

Ainda que se admita a condenação criminal da autoridade que descumpre referidas decisões e em razão das insignificantes penas privativas de liberdade cominadas nos arts. 319 e 330 do Cód. Penal, sem dúvida que ela (autoridade) será beneficiada com a famigerada prescrição retroativa que extingue a própria ação penal, como se nada tivesse ocorrido, conforme entende a Jurisprudência baseada nas Súmulas 186 e 241, do extinto TFR, esta última, inusitada, mormente após o advento da Constituição Federal de 1988 que presume a inocência de todos. Ademais, a condenação da autoridade, por si só, não implicará, necessariamente, na efetivação da decisão judicial reconhecendo ao jurisdicionado um direito líquido e certo através de um Mandado de Segurança, eis que poderá continuar a

ser desrespeitada pelo órgão ou pessoa jurídica, na medida em que a execução se faz ‘in natura’.

Em razão dessa falta de efetividade da decisão judicial proferida contra uma autoridade e que só se executa ‘in natura’, pergunta-se: E como fica o tão auspicioso direito líquido e certo do jurisdicionado que bateu às portas do Poder Judiciário acreditando na eficácia de suas decisões?

Tal como se encontram as coisas, atualmente, tem se constituído um convite à autoridade desrespeitar as decisões judiciais de natureza mandamental. Os exemplos estão aí e o Poder Judiciário caindo no descrédito da opinião pública, já que ela não entende a razão de o juiz não poder prender ou condenar alguém, sem respaldo em lei vinda do Poder Legislativo, por se tratar de jurisdição penal incriminadora.

Em sua atividade típica, portanto, prestando a tutela jurisdicional, é exigência constitucional que todos os órgãos do Poder Judiciário, sem qualquer exceção, feita no inciso IX, do art. 93, fundamentem todas as suas decisões, sob pena de nulidade, o que implica dizer que o juiz não tem opinião própria e realiza a vontade da norma escrita pelo Poder Legislativo, especialmente em se tratando de norma penal incriminadora onde a única fonte do direito é a Lei, em sentido formal e material, não se podendo cogitar do chamado direito alternativo ou alternância do direito. É a lei que cria e/ou exacerba o tipo penal. Em sua ausência (da lei), e, portanto, na chamada jurisdição penal incriminadora, não cabe invocar o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito). Não há mais espaço para quem quer ‘aparecer’ querendo se notabilizar demonstrando permanecer ao lado da opinião pública leiga, pisoteando a Constituição. Se pisoteá-la uma vez não terá mais moral para não pisoteá-la sempre. Se a Constituição Federal está errada, é iníqua, é anacrônica e está conduzindo o País à impiedade ou à ingovernabilidade, aqueles que a promulgaram (os Constituintes) e os que podem emendá-la (Deputados e Senadores) que cui-

dem de pôr uma melhor para aplicação pelo juiz. É que o juiz brasileiro não instaura inquérito, não oferta denúncia, e mais, o Poder Judiciário só tem iniciativa de leis que dizem respeito à sua economia interna (Lei da Magistratura, lei sobre criação de seus cargos e fixação de vencimentos). Nenhum juiz pode remeter, já fazendo parte do processo legislativo, qualquer projeto de lei, mormente penal, o que é um absurdo.

Quando advogado, portanto, antes de assumir a Magistratura Federal, essas questões não me preocupavam tanto, na medida em que o dever de ser imparcial é do juiz. É que, sob a advertência de Eduardo Contoure de que devemos lutar pela Justiça, ao advogado mais interessa a lei em si, com suas imperfeições e omissões, do que propriamente o direito que não possui lacunas. O advogado age parcialmente na defesa de seu cliente e invoca a lei do modo como ela veio do legislativo, desde que lhe favoreça e não litigue de má fé, e não podemos lhe opor críticas nesse proceder. Já o Magistrado deve agir com imparcialidade, aplicando a lei em consonância com os princípios de Direito, mormente os que estão postos na Constituição Federal, que nada mais é do que o nosso Contrato Social.

A criminalidade resulta, sem dúvida, da garantia da impunidade, portanto, na descrença das instituições. E, convenhamos, o Poder Judiciário não pode punir apenas por querer, por vontade subjetiva do magistrado, mas com base em lei em sentido formal e material, já que em matéria penal incriminadora, lamentavelmente, o Direito se resume à Lei. Não será demais repetir: é a Constituição e o Código Penal que prescrevem: não há crime sem lei.

No Brasil, as penas cominadas abstratamente aos delitos são tão insignificantes que já não imprimem respeito, quanto mais quando o juiz a concretiza por ocasião da sentença condenatória, acarretando, em muitos casos, a famigerada prescrição retroativa. Quase todos os delitos, no Brasil, são afiançáveis e, quando não o são, a lei não proíbe a liberdade provisória sem fiança. Dificilmente o juiz deixará de relaxar uma prisão, a mais das vezes porque ilegais e

também em razão do disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP. Tanto o STJ (Súmula 09) como o STF, diante do princípio hoje constitucional da presunção de inocência, só admitem a prisão nates de uma condenação, no caso de extrema necessidade. A regra é responder solto. Se isso está errado, que se mude então a Constituição, mas não se critique o magistrado por cumpri-la ou fazê-la cumprir. Só um juiz covarde, bajulador, rastejante e carreirista pisoteará a Constituição para satisfazer a interesses que não os da própria Justiça.

Mesmo que depois do devido processo legal sobrevier condenação para a autoridade que descumpriu decisão judicial de natureza mandamental e não ocorrer a famigerada prescrição (da ação propriamente dita, retroativa ou superveniente), o que é bastante difícil, dada a grande quantidade de processo para cada juiz, ainda assim, note-se bem, existirá em favor daquela autoridade um punhado de vantagens para não cumprir pena no presídio, a saber: prescrição da execução da pena, suspensão condicional da pena, livramento condicional da pena, indulto e tantos outros benefícios relativos a problema de política criminal. E aquele jurisdicionado, que batendo às portas do Judiciário, por nele acreditar, mas que, embora obtendo a concessão da segurança, terminou não atendido efetivamente no seu direito liquido certo, como fica? Quem irá garantir a efetividade da decisão judicial que o atendeu? Que garantia constitucional é essa que de nada vale na prática? Que Poder Judiciário é esse que não tem como punir com eficácia quem não cumpre suas decisões em prol dos jurisdicionados?

Por incrível que pareça, até hoje a doutrina e a jurisprudência discutem se há ou não crime no caso de uma autoridade descumprir uma decisão ou despacho de natureza mandamental. Para uns, o crime é de desobediência (art. 330 do Cód. Penal), para outros é, de prevaricação (art. 319 do Cód. Penal) ou não há crime algum.

O crime de desobediência (art. 330 do Cód. Penal) tem como sujeito passivo a Administração Pública, mas como sujeito ativo,

vale dizer, aquele que poderá praticar o crime, um particular. Ora, se em Mandado de Segurança a decisão deve ser cumprida por uma autoridade e não por um particular, salvo em raríssimas exceções (funções delegadas), e o art. 330 do Cód. Penal se destina a um particular, como pode esse crime omissivo ser cometido por autoridade? Por outro lado, o crime de prevaricação (art. 319 do Cód. Penal), exige prova de dolo específico (sentimento pessoal), o que é bastante difícil de se configurar na prática. O crime de desobediência do art. 359 do Cód. Penal também não resolve a questão porque restrito quanto a 'exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial'. O crime previsto no art. 205, do mesmo diploma penal, também não se aplica ao caso, porque o desrespeito aí é a uma decisão administrativa e não judicial. A solução poderia ser a intervenção federal, mas também de difícil aplicação, na medida em que, nesse caso, entra o exame do aspecto político. Também o descumprimento à decisão judicial poderia ensejar crime de responsabilidade, todavia, a legislação aplicável à espécie só contempla algumas autoridades, e não todas, que podem cometer crime de responsabilidade, como é o caso dos representantes das entidades estatais e paraestatais.

Vejamos, pois, respectivamente, a polêmica doutrinária e jurisprudencial a respeito desse tema: a) Para juristas da estirpe de Castro Nunes, de Plácido e Silva e Hely Lopes Meireles, o descumprimento à decisão proferida em Mandado de Segurança, tipifica crime de desobediência (CP. art.330); b) Para Seabra Fagundes, Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio Andréa Ferreira, o fato tipifica crime de prevaricação (CP. art. 319); c) 'Prefeito municipal que se recusa a dar cumprimento à decisão proferida em mandado de segurança. Delito desclassificado para prevaricação. Apelação provida. Inteligência dos arts. 330 e 319 o CP. A recusa ao cumprimento de ordem judicial constitui fato do qual emerge a dedução necessária de que o agente procede para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, pois não há, em princípio, outra explicação para esse comportamento. Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do

Magistrado' (TJSC, ac. Rel. Mary Filho, RT 527/408), in Cód. Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª edição revista e ampliada, Alberto Silva Franco e outros, RT, p.1134; d) Para o eminente Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, por quem tenho grande admiração pelo seu talento no domínio do Direito Penal, no caso de descumprimento de decisão judicial, o juiz 'deverá simplesmente mandar prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito... O fato é que o Juiz, sem qualquer açodamento, cum prudentia officii, não pode deixar que seu mando caia no vazio... o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante' (in Descumprimento de Ordem Judicial, Revista AJUFE, agosto de 1990); e) 'Tipo subjetivo. O interesse ou sentimento pessoal é essencial à tipificação (ext. TFR, RC n. 632, DJU de 26.9.80, p.7450-1; TJSP, Pleno, Exc. Verd. n.138.672, RT 537/269; Ap n. 141.607, RT 544/347; TACrSP, RC n. 146.653, RT 507/399). A prevaricação exige 'dolo específico', sendo necessário que a prova revele que a omissão decorreu de afeição, ódio, contempção, ou para satisfazer interesse, e não por erro ou dúvida de interpretação do agente (ext. TFR, RC, n. 895, DJU de 14.10.82, p.10363); f) Requisitos da denúncia. A denúncia precisa indicar qual a omissão e sua natureza, se a conduta foi por interesse ou por sentimento pessoal, pois são elementos necessários à configuração do delito do art. 319 (prevaricação), conforme STF, RE n. 77.776, RTJ 71/835; HC n. 48.564, RTJ 56/774; TACrSP, HC n.117.392, RT 571/328; hc n. 117.266, julgados 73/131); g) Falta disciplinar. Não basta para a tipificação, sendo indispensável o elemento subjetivo do art. 319 (STF, AP n. 253, RTJ 94/1). Mera desídia não configura (TJSP, RC n. 1441, RT 543/342). Não há crime de prevaricação na conduta de quem omite os próprios deveres por indolência, comodismo, preguiça, erro ou negligência (TACrSP, Ap. n. 256.873, Julgados 71/320; RC n. 283.433, Julgados 69/209); h) Erro. O erro ou desatenção na interpretação da lei pode excluir o crime; quanto ao juiz, a boa ou má interpretação que dá à lei não basta pra configurar (STF, AP n. 253, RTJ 94/25 e 41). O erro ou a simples negligência não configura o delito (TAPR, HC n. 136, RT 486/356); i) Contra disposição expressa de lei. Na modalidade de praticar ato

contra disposição expressa de lei, é necessário que antes se defina a própria legitimidade da norma legal que veda o ato incriminado (TJSP, Ap.n. 126.336, RF 256/361); j) Ato de ofício. É imprescindível que o agente esteja no exercício da função (TACrSP, Ap. n. 253.959, Julgados 71/290 e RT 563/348; TJSP, Ap. n. 141.607, RT 544/347). É necessário que se trate de ato de ofício que competia ao agente praticar (TAPR, Ap.n. 324, RT 486/357). Ato de ofício é todo ato que corresponde à competência e atribuição do funcionário (TACrSP, RC n. 146.653, RT 507/399); l) Animosidade. O retardamento por animosidade ao solicitante revela satisfação de sentimento pessoal (TJSP, Ap.n. 133.499, RT 520/368), in C. Delmanto, Cod. Pen. Coment, p. 319;) Não constitui crime de prevaricação o simples retardamento de ato de ofício. Para sua configuração é necessário que o móvel da ação seja a satisfação de interesse ou sentimento pessoal (TAPR, Rel. Juiz Costa Pinto, RT 489/366/367).

A mais preocupante de todas, mas é preciso que se chame a atenção, é a opinião de Milton Flakes, in Mandado de Segurança, Pressupostos da Interpretação, Forense, Rio, 1980, p.222/227: “§ 1º Conceito de desobediência e suas implicações. Impende investigar, por derradeiro, quais seriam as implicações de um eventual conflito de entendimento entre o Juiz e a autoridade administrativa, no tocante à necessidade de prévia declaração judicial de ineficácia da medida liminar. Não seria descartável, visto que ocorreu recentemente, no Estado de São Paulo, em situação parecida, a possibilidade de algum Magistrado menos tolerante, entendendo a interpretação contrária como desobediência à sua ordem, constranger pessoalmente a autoridade (rectius: o titular do órgão apontado como coator), dando-lhe voz de prisão. Desobedecer ao provimento acautelatório ou insurgir-se contra a execução do julgado se equivalem, na medida em que representariam, pelo menos em tese, ‘descumprimento de ordem judicial’. Válidas, portanto, para ambas as hipóteses, a doutrina e jurisprudência pesquisadas. A regulamentação em vigor do mandado de segurança através da Lei n. 1.533/51 e alterações subsequentes, não reproduziu norma constante da Lei n. 191, de 16.1.36 (art. 10) e do Código de

Processo Civil de 1939 (art. 327), segundo a qual seria enquadrada, nas penas de responsabilidade e desobediência, a autoridade que se negasse a cumprir, incontinenti, a decisão judicial. Presentemente, apenas o art. 3º da Lei n. 5.021/66 considera crime, inexistindo crédito orçamentário para atender a sentenças concessivas de vantagens pecuniárias ao funcionalismo, deixar a autoridade de encaminhar pedido de recursos suplementares. Não se cuida, obviamente, do cumprimento em si da decisão judicial, mas de ato de ofício dela decorrente, cuja missão o legislador equiparou ao delito doloso de ‘corrupção passiva privilegiada’ para efeitos penais (Código Penal, art. 317 § 2º). Nada obstante, Castro Nunes, de Plácido e Silva e Hely Lopes Meirelles sustentam que o não atendimento ao mandado judicial importa no crime de ‘desobediência à ordem legal’ (Código Penal, art. 330). Themistocles Cavalcanti o admite, mas recomenda sensatez, condena a ‘estranha providência de prender autoridade administrativa a braços com dificuldades burocráticas para cumprimento da ordem de segurança’. Seabra Fagundes entende que o descumprimento caracteriza o crime de ‘prevaricação’ (Cód. Penal, art. 319); porquanto, na simples recusa estaria implícito o dolo específico de ‘satisfazer interesse ou sentimento pessoal’. Comungam na mesma tese Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio de Andréa Ferreira. Não é essa, no entanto, a visão de Nelson Hungria, que afasta o delito de ‘desobediência’, por ser privativo do particular. Quanto ao de ‘prevaricação’, condiciona a que fique devidamente apurado o dolo específico, embora como tal admita ‘o próprio receio de descumprir ordens legais ocultamente expedidas pelos seus superiores, ou a preocupação de incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária, à decisão judicial’. E acentua: ‘Fora daí, nada mais será cabível além da pena disciplinar, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente’. Explicitando melhor, no Pretório Excelso, a sua opinião, em famoso julgamento que envolvia precisamente a recusa de alta autoridade em cumprir mandado judicial, salientou o pranteado jurista, em passagem que se aplica, ‘mutatis mutandis’, ao caso vertente: Dizer-se que o propósito do Sr. Ministro da Fazenda, de salvaguardar a sua autoridade, por

entender que não está sujeito, na espécie, à jurisdição dos Juízes de 1ª instância, traduz ou revela ‘o sentimento pessoal’ a que se refere a lei, é confundir sentimento com entendimento, o ‘affectus’ com o raciocínio lógico, para interpretar abertamente o art.319 do Código Penal. Por último, ‘last but not least’, Celso Barbi, Othon Sidou e Arruda Alvim lamentam, mas reconhecem que o direito positivo, no seu estágio atual, não faculta ao juiz agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, limitado que fica a pedir, através dos órgãos competentes, a intervenção federal ou o seu enquadramento em crime de responsabilidade, quando for o caso. Queixam-se, contudo, de que, em se tratando de julgamentos políticos, subordinados a moroso e complexo processo, essas providências se mostram insuficientes para assegurar a pronta obediência à decisão. Foram frutíferos os clamores contra a falta de meios mais expedidos, uma vez que o novo Código Penal (*) já promulgado, mas com sua vigência diferida até a aprovação do novo Código de Processo Penal, inclui entre os crimes praticados por agentes do Poder Público contra a Administração, sob a rubrica ‘desobediência à sentença’, o de ‘deixar o funcionário público de cumprir a sentença ou retardar-lhe o cumprimento’ (art. 355). Caberá à doutrina, oportunamente, fixar o exato alcance desse dispositivo (* - Dec. - Lei n. 1.004, de 21.10.69 c/alt. da Lei n. 6.016, de 31.12.73. Após a publicação deste artigo, foi revogado pela lei n. 6.578, de 11.10.78, por entender o Governo que já estava desatualizado em face de novos conceitos incorporados através de emendas ao Código Penal em vigor). No atual estágio, entretanto, a jurisprudência, pelo menos do Pretório Excelso, tem-se orientado no sentido de não reconhecer delito penal – ‘desobediência’ ou ‘prevaricação’ – na simples recusa, ipso facto, em dar cumprimento à ordem judicial. Há pouco tempo, o Conselho de Justiça Federal, apreciando representação da Procuradoria Geral da República contra juiz que prendeu e processou o diretor de uma faculdade paulista, por retardar o cumprimento de mandado de segurança por ele expedido, firmou doutrina que se mostra, sob todos os títulos, a mais recomendável. Reconhecendo que, no passado, apesar da ‘dubiedade ou omissão da lei’, juízes do Rio e de São Paulo, muitas vezes, fizeram cumprir pessoalmente os ‘writs’ ou

prenderam ‘autoridades recalcitrantes’, mas que, atualmente, devido à falta de comando legal ou talvez, por melhor compreensão do ‘instituto’, são raros os episódios dessa natureza, assentou: 1º) os mandados de segurança devem ser cumpridos por meio da comunicação respectiva ou ofício executório, de acordo com a Lei n. 1.533/51, art. 11; 2º) ocorrendo reclamação do impetrante, o juiz reiterará a ordem, pedirá esclarecimentos e decidirá conforme lhe parecer acertado; 3º) verificando, afinal, que a decisão foi desatendida, mandará apurar a responsabilidade da autoridade infratora (CJF - Proc. n. 4.679/77, Rel. Min. Amarílio Benjamin, acolhida unânime, in DJu de 14.11.77, p. 8.105).

Não foi só em São Paulo e Rio de Janeiro que juízes federais prenderam pessoalmente autoridades recalcitrantes. No Ceará, na década de 80, eminente juiz federal prendeu, em seu próprio gabinete, autoridade que ali insistia, pessoalmente, em não cumprir decisão judicial proferida em mandado de segurança.

A bem da verdade, somente existe, indubitavelmente, crime de desobediência para quem descumpra decisão judicial, no caso de Prefeito, porque expressamente previsto no art. 1º, XIV do Dec. - Lei 201/67 (‘deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente’).

Quem não se recorda de decisões de juízes federais durante o Plano Collor (retenção dos cruzados), mandando prender gerentes de bancos enquanto os tribunais, às turras, concediam-lhes habeas corpus, terminando os juízes monocráticos ficando desmoralizados e conscientes de que precisa de lei para punir com rigor tais delitos?

Não é de agora essa luta. Desde quando assumi a Magistratura Federal em 1987, enfrentei problemas com uma autoridade que tinha respaldo junto ao Governo Federal, quando então constatei a dificuldade que tem o juiz de fazer cumprir suas decisões, diante da acanhada legislação penal existente para punir o desobediente. Naquela oportunidade publiquei meu primeiro trabalho na Revista

Ajufe e, angustiado, comuniquei o assunto ao presidente do STF, e solicitei ao ministro da Justiça e Parlamentares daquela época o envio de projeto de lei sobre o assunto. Como resposta está aí a realidade: até hoje não existe lei para punir,eficazmente, essa situação. Com efeito, e tendo em vista que o Poder Judiciário só pode iniciar o processo legislativo nas chamadas matérias de sua economia interna, resolvi mais uma vez apelar, republicando esse tema, com inovações, para aqueles que têm o poder de remeter qualquer projeto de lei o façam o mais rápido possível. É necessário garantir efetiva e concretamente o direito do jurisdicionado nas ações mandamentais, como o Mandado de Segurança. Para tanto é indispensável a criação, por lei em sentido formal e material, de um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico, no capítulo ‘Dos Crimes Contra a Administração da Justiça’, com a pena mínima superior a 2 (dois) anos de reclusão e a máxima não inferior a 6 (seis) anos, portanto, inafiançável e sem direito à liberdade provisória sem fiança, de modo a obstruir a prescrição (da própria ação, retroativa ou superveniente ou da própria execução).

Somente assim valerá a pena se enaltecer a existência do Mandado de Segurança nominando o de remédio constitucional heróico e demais ações de natureza mandamental e se bater às portas do Judiciário. Não basta ganhar. É preciso levar. Vitória de Pirro é derrota. Só leis penais sérias podem tornar efetivas decisões judiciais”. O certo seria o Legislador Federal criar um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico, no capítulo do Código Penal destinado aos crimes contra a Administração da Justiça, cominando, ao lado da pena privativa de liberdade, pena de multa razoável e também da expressa proibição do descumpridor continuar no exercício do cargo, bem como de exercer qualquer outro pelo prazo de pelo menos cinco anos, caso em que não acredito. Enquanto não surge um tipo penal severo para esse caso, devemos,como magistrados, buscar, com criatividade, solução para a efetividade da decisão judicial nas obrigações de fazer e não fazer, na jurisdição extra-penal, vale dizer, no art. 461, caput, §§ 4º e 5º CPC, com a nova redação da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e alterações posteriores, determi-

nando as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial e principalmente aplicando pena de multa diária e severa para o caso de descumprimento. Está provado que prisão não mete medo a bandidos, inclusive os de gravata, mas a multa que atinge o seu bolso é seguramente bem eficaz. O rico tem medo de empobrecer, porque perde logo a mulher, os filhos também os desprezam porque não poderão mais estudar em faculdades particulares nem terem seu carrinho etc. Resalte-se que as hipóteses previstas no § 5º do art. 461 do CPC são meramente exemplificativas, cabendo, no caso de “obrigação de fazer” o “sequestro” ordenado pelo juiz de 1º grau, da importância devida, notadamente porque, na prática, os devedores (Fazenda Pública), por não cumprirem imediatamente uma liminar ou tutela antecipada (obrigação de fazer), querem transformar essa obrigação, a seu talante, em desprezo à decisão judicial, em obrigação de dar, esta, como sabemos, sujeita à regra do precatório (art. 100 da CF/88). Os tribunais, todavia, não concordam que os juízes de 1º grau, por sinal, os que assumem o cargo mediante rigoroso concurso público, adotem a figura do sequestro. Mas o verdadeiro juiz não pode ficar inerte. Essa norma (art. 461, § 5º do CPC) modifica o regime da execução de obrigação de fazer e não fazer, repetindo praticamente o sistema instituído pelo CDC 84. A regra é a da execução específica, sendo exceção a resolução em perdas e danos (conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, CPC e legislação processual civil extravagante em vigor, suplemento de atualização, do livro CPC de Theotonio Negrão, RT. Ultimamente, quando titular da 4ª Vara Federal, no Ceará, não virtual, e o requerente dava notícia do descumprimento, pela autoridade, da liminar ou antecipação da tutela deferida ou da própria segurança, adotava, entre outras, as seguintes providências, cientificando o descumpridor de que: a) sua conduta caracterizava crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal c/c Lei nº 1.386, de 18.6.51), por configurar incúria proposital em acatar as determinações judiciais, com imediata Representação ao Ministério Público Federal para a competente ação penal; b) não cumprida a obrigação

integralmente, sem prejuízo da condenação por litigância de má-fé pela resistência injustificada ao andamento do processo, fixava-lhe de logo multa na faixa de R\$ 5.000,00 a R\$ 10.000,00 por dia de atraso, conforme Lei nº 10.358, de 27/12/2001, por ato atentatório ao exercício da Jurisdição; c) estava representando contra ele ao MPF, também por ato de improbidade administrativa capitulado no artigo 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), para fins de perda do cargo (art.12, III, desta lei, e art. 132, IV, da Lei n.º 8.112/90); d) sua conduta ensejaria ainda ação civil de reparação de danos causados a terceiros, pela demora no cumprimento da ordem judicial (art. 122, Lei n.º 8.112/90); e) estava também comunicando seu ilegal procedimento ao Tribunal de Contas respectivo; f) o mesmo estava sendo imediatamente afastado do cargo ou função e indicando um interventor para cumprir a ordem, por analogia à Lei antitruste - 8884/94, arts. 69 a 77”.

A recentíssima Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que dá nova dimensão ao Mandado de Segurança, tanto individual como coletivo, deu novo tratamento à polêmica dispondo sobre a nova desobediência judicial.

Como vimos, a desobediência a uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental, exceto no caso do art. 101 da Lei nº 10.741, de 1º/10/03, onde ali está perfeitamente tipificada em benefício do idoso, nos demais casos não poderia ser mesmo o crime previsto no art. 330 do Código Penal, porque este é um delito praticado por **particular**.

O desobediente de uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental, será sempre uma autoridade, ou seja, um funcionário público agindo nessa condição ou a ele equiparado.

Mesmo em se tratando de Mandado de Segurança impetrado contra pessoa **privada**, esta age como autoridade, como já previa a revogada Lei nº 1.533/51 que dispunha sobre o “writ” individual.

Na verdade, salvo a hipótese do art. 101, acima citado, do Estatuto do Idoso, não existia no Brasil nenhuma lei tipificando como crime previsto no art. 330 do Código Penal, o funcionário que descumprisse uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental. Ao contrário: a lei que existia era a de nº 1.386, de 18.06.1951 e tipificando essa conduta como crime de **prevaricação** (art. 319 do Código Penal), crime esse sim praticado por **funcionário** porque inserido no Capítulo dos crimes por ele praticados contra a Administração Pública.

“Data máxima vênia”, o Superior Tribunal de Justiça vinha “forçando a barra” para afirmar que o funcionário que descumpre uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental, praticava o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, desde que esteja (o funcionário) agindo como particular. Ora, se um funcionário agir como particular não será jamais considerado autoridade e destarte não pode funcionar no pólo passivo de um Mandado de Segurança.

Certo ou errado, agora essa situação está perfeitamente tipificada em Lei, como crime de desobediência (art. 330 do Cód. Penal) para aquele funcionário público que venha a descumprir uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental.

Há, sem dúvida, nova situação, nova Lei. É o que dispõe expressamente o art. 26 da recentíssima Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que dá nova dimensão ao Mandado de Segurança, tanto individual como coletivo “verbis”:

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 judiciais proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº1. 079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

O tipo penal remetido e recém criado não é ainda o ideal, na medida em que é de menor potencial ofensivo, não tem cominação de multa relevante ao infrator, não impõe a inabilitação para o exercício de cargo ou função públicos, pelo período de pelo menos 5 (cinco) anos e nem determina o seu imediato afastamento da função.

Todavia, pelo menos quanto ao descumprimento de decisão oriunda de um Mandado de Segurança individual ou coletivo, o **funcionário público** ou quem agir nessa condição responderá “*ex vi legis*” pela desobediência do art. 330 do Código Penal, crime esse inserido no capítulo dos praticados pelo **particular** contra a Administração Pública, onde, para esse tipo, ao contrário do de **prevaricação**, não precisa a demonstração de que o delinquente descumpriu a ordem judicial para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, o que era bastante difícil e sempre acarretava a absolvição do réu”.