

## O ASPECTO PENAL DO DESCUMPRIMENTO ÀS DECISÕES JUDICIAIS DE NATUREZA MANDAMENTAL.

---

**Agapito Machado**

Juiz Federal da Seção Judiciária do Ceará e Professor  
da Universidade de Fortaleza /CE - UNIFOR

Há um assunto que tem sido motivo de perplexidade: o reiterado descumprimento às decisões judiciais mormente as de natureza mandamental.

O que acontece à autoridade que não cumpre decisões judiciais proferidas em Mandado de Segurança ou em outra ação de natureza mandamental?

Ainda que se admita a condenação criminal da autoridade que descumpre referidas decisões, mas, em razão das insignificantes penas privativas de liberdades 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, ou seja, o próprio direito de punir do Estado, como se nada tivesse ocorrido, conforme entende a Jurisprudência baseada nas Súmulas 186 e 241, esta última, inusitada, do extinto TFR. Ademais, a condenação da autoridade, por si só, não implicará, necessariamente, a 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".

E, por força da Lei nº 9.099/65 (Lei dos Juizados Especiais) sequer se poderá mais falar em condenação dos delinquentes dos crimes de prevaricação e desobediência, que passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo.

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, tem se constituído um convite à autoridade desrespeitar as decisões judiciais de natureza mandamental, sem que nada lhe aconteça. Os exemplos estão aí, e o Judiciário caindo no descrédito da opinião pública, que 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.

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 Cod. penal) tem como sujeito ativo a Administração Pública, mas com o sujeito passivo, 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), como pode o crime de desobediência (art. 330 do CP) ser cometido por autoridade? Por outro lado, o crime de prevaricação (art. 319 do Cod. Penal) exige prova de dolo específico (sentimento pessoal), o que é bastante difícil de se configurar. O crime de desobediência do art. 359 do Cod. 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, 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 Andrea 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 do 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 Cod.Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2a.edição revista e ampliada Alberto Silva Franco e outros, RT,pg.1134;

d) Para o eminente Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, por quem temos 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,pg.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, contemplação, ou para satisfazer interesse, e não por erro ou dúvida de interpretação do agente (ext.TFR,RC, n. 895, DJU de 14.10.82, pg.10.363);

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, HCn. 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, pg. 319;

m) 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).

O 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., pg.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, incontinentem, 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" (Cod. 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 Andrea 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 Juizes 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 31.21.73. 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. II; 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.II.77, pg. 8.105).

Não foi só em São Paulo e no 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"). Fora daí, a situação é atípica, lamentavelmente.

Quem não se recorda de decisões de Juízes Federais e do Trabalho, durante o Plano Collor (retenção dos cruzados), mandando prender gerentes de Bancos, enquanto os Tribunais às turras, concediam-lhes "Hábeas 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 assumimos a Magistratura Federal em 1987, enfrentamos problemas com uma autoridade que tinha respaldo junto ao Governo Federal, quando então constatamos a dificuldade que tem o Juiz de fazer cumprir suas decisões, diante da acanhada legislação penal existente para punir o desobediente. Naquela oportunidade publicamos nosso primeiro trabalho na Revista Ajufe e, angustiado, comuniquei o assunto ao Presidente do STF, e solicitamos também ao Ministro da Justiça e Parlamentares daquela época o envio de projeto de lei sobre o assunto. Como resposta recebemos o silêncio. Com efeito, e tendo em vista que o Poder Judiciário, atualmente

(escrevemos este livro em abril/maio/junho de 1996) só pode iniciar o processo legislativo nas chamadas matérias de sua economia interna, resolvemos mais uma vez apelar republicando esse tema, com alterações, 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, sem direito tanto a liberdade provisória sem fiança como ao rito da Lei nº 9.099/95, (Lei dos Juizados Especiais) de modo a obstruir, também, 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 sérias, mormente as que impliquem perda do cargo ou função pública, nesses casos, podem tornar efetivas decisões judiciais.

Enquanto não surge um tipo penal severo para esse caso, devemos, como magistrados, buscar a 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 nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, determinando 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 em bandidos, inclusive os de gravata, mas a multa que atinge o seu bolso é seguramente bem eficaz. O rico tem medo de empobrecer.

Ressalte-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).

"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.

Em sua atividade típica, portanto, prestando a tutela jurisdicional, é exigência constitucional, como vimos, 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 impunidade ou à ingovernabilidade, aqueles que a promulgaram (os Constituintes) e os que podem emendá-la (Deputados e Senadores) que cuidem de pôr uma melhor para aplicação pelo Juiz. É que o Juiz brasileiro não instaura inquérito, não oferta denúncia e mais, o Poder Judiciário atualmente 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), embora se esteja, agora, querendo incluir na Constituição poderes também ao Judiciário para remeter qualquer projeto de lei em matéria processual e Códigos.

Atualmente (agosto de 1997), quando terminávamos de escrever este livro, nenhum Juiz, nem mesmo o STF, pode remeter ao Congresso Nacional, já fazendo parte do processo legislativo, projetos de lei, mormente penal, o que é um absurdo. Esperemos, portanto, as alterações na Constituição.

Quando advogado, portanto, antes de assumirmos a Magistratura Federal, essas questões não nos 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 não litigue de má fé, e não

podemos lhe opor críticas nesse proceder. Já o Magistrado age com imparcialidade e deve aplicar 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, 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, acarretando, em muitos casos, a famigerada prescrição retroativa.

Quase todos os delitos 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 não culpabilidade, só admitem a prisão antes de uma condenação, no caso de extrema necessidade. A regra é responder solto. Se isso está errado, que se mude então a Constituição e as leis, mas não se critique o magistrado por cumpri-las ou fazê-las cumprir. Só um Juiz covarde, bajulador, rastejante e carreirista pisoteará a Constituição para satisfazer a interesses que não os da própria Justiça.

No Brasil, temos dois (2) tipos de jurisdição: a penal e a extra-penal. Tudo que não for penal vai para a jurisdição extra-penal (civil, administrativo, processual civil, trabalho, previdenciário etc).

A bem da verdade, se o legislador (Deputado e Senador) se omitir, vale dizer, deixar de elaborar as leis no âmbito da chamada jurisdição extra-penal, não haverá qualquer problema, eis que o Juiz suprir-lhe-á, aplicando o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito). Entretanto, em se tratando de jurisdição penal incriminadora, se o legislador (Deputado e Senador) for omissor, não regulamentando a Constituição, o Juiz não poderá suprir a sua ausência, na medida em que é a própria Constituição que instituiu como cláusula pétrea o princípio da reserva absoluta da lei que cria um tipo penal ou o exacerba. Em resumo: na chamada jurisdição extra-penal, a bem da verdade, o Juiz não fica impedido de decidir os casos que lhe são submetidos, havendo omissão do legislador na feitura da

lei. Resolverá ele (Juiz é obrigado) o caso concreto, aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Na jurisdição penal incriminadora, a omissão do legislador, em não editando a norma, impedirá que Juiz o substitua, já que não poderá aplicar a analogia para criar um tipo penal ou exacerbar o que existe.

O verdadeiro Juiz, especialmente o que ostenta jurisdição penal, é aquele que julga tecnicamente levando em conta unicamente o que constou, lícitamente, do devido processo legal, sem dar satisfação à mídia e aos leigos em Direito, portanto, pouco importando se o réu é rico, pobre, magro, gordo, tem ou não bom advogado, se cometeu um furto ou um crime do colarinho branco. Somente um Juiz bajulador, covarde, rastejante e carreirista, julgará um ser humano com convencimento tirado apenas de sua cabeça ou da cabeça de outrem, fora, portanto, do devido processo legal, para agradar à mídia ou a quem quer que seja. Se o devido processo legal assegurou ao réu ampla defesa, o contraditório, e dele (processo) constar só prova ilícita ou obtida ilicitamente (escuta telefônica, invasão à intimidade, confissão à base de tortura, sem a presença de advogado, exigida pela Constituição Federal entre outras), o juiz o absolverá. Se todavia, o devido processo legal, revelou que o réu praticou uma ação típica, ilícita e culpável, o Juiz proferirá uma sentença condenatória. Não poderá ter medo notadamente ficando refém da mídia ou da opinião pública leiga. É essa a função do verdadeiro magistrado, até porque, tanto absolvendo como condenando, ele jamais conseguirá agradar. O tempo será o senhor da razão e não ressaltará os juízes covardes. Na linha desse raciocínio, o Dr. Ney Magno Valadares, ilustre Juiz-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2a. Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) publicou no Correio Brasiliense (Direito & Justiça), edição de 03 de julho de 1995, o seguinte trabalho:

### **"A QUESTÃO DA IGUALDADE PERANTE A LEI.**

A Constituição Federal de 1988, dispõe, em seu artigo 5º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". É o princípio da isonomia, universalmente consagrado como conquista da civilização cristã. Não se deve esquecer, porém, que essa igualdade é uma ficção jurídica incapaz de eliminar as desigualdades naturais. Pobres e ricos, brancos e negros devem ser tratados com igualdade. Entretanto, a mídia, atualmente, para alvejar o Poder Judiciário, alardeia que, no Brasil, somente os pobres e os negros vão para a cadeia. O argumento impressiona e pode ser comprovado, estatisticamente. Acontece que a grande maioria dos delinquentes provém de classes sócio-econômicas mais desfavoráveis, constituídas por negros e pobres. O crime, como diz Aristóteles, é, muitas vezes, produto da ignorância e

da miséria. Objetar-se-ia que os chamados crimes do "colarinho branco" e a sonegação de impostos são tão danosos à sociedade quanto o furto e o estelionato. Alega-se, porém, que não há punição para delitos dessa natureza. Estaria havendo discriminação ou, perante a Justiça, alguns seriam mais iguais do que os outros? Aparentemente, sim, na realidade, não. Admito que o grande investidor, que manipula o mercado de ações, e causa prejuízo a milhares de pequenos investidores, tem mais probabilidade de ser absolvido do que o punquista que assalta transeuntes incautos. Por que isso ocorre, se a lei assegura igualdade de tratamento para um e outro? Por causa das desigualdades naturais, que a ficção legal não pode nivelar. Enquanto o grande investidor pode contratar os melhores juristas do país para defendê-lo, a sorte do punquista vai depender da boa vontade de um defensor dativo, nomeado pelo juiz e que, muitas vezes, apresenta uma defesa meramente formal. Por isso, não há remédio legal. Ruy Barbosa colocou essa questão em seus devidos termos, ao sentenciar: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". O direito penal moderno procura minorar essas desigualdades naturais, através de critérios científicos para a individualização da pena. A lei penal estabelece o mínimo e o máximo da pena, permitindo ao juiz graduá-la entre os extremos, de acordo com vários fatores, como sejam os antecedentes e a personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime. Assim, o miserável, que furta por necessidade, ou o banqueiro que lesa a economia pública, por ganância, serão tratados diferentemente, podendo o primeiro até ser absolvido, se comprovada a inexigibilidade de outra conduta. Ao cidadão comum, porém, não deve passar despercebida a circunstância de que os meios de comunicação pretendem inverter o princípio da igualdade de todos perante a lei, reclamando seriedade para os ricos e benevolência para os pobres. Essa cobrança tornou-se mais agressiva após a absolvição do ex-presidente Fernando Collor de Mello pelo Supremo Tribunal Federal. A mídia esperava que o Poder Judiciário avalizasse o maior linchamento moral de que foi alvo um presidente da República depois da campanha que levou Getúlio Vargas ao suicídio. Transmudou-se a presunção de inocência "comum a todos os réus enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito", em presunção de culpa, "como se todos os acusados não tivessem direito à proteção de seus juizes, e a lei processual, em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre quem recai acusação ainda inverificada". Os meios de comunicação, embora engajados numa campanha de defesa da moralidade pública, não conseguiram fugir aos exageros do emocionalismo e compreender a isenção de um julgamento eminentemente técnico. Quando foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de várias acusações, especialmente a de corrupção passiva, o

Presidente Collor já havia renunciado ao cargo para fugir à pena de inelegibilidade que o Senado Federal, sem deixar-se iludir pela astúcia da defesa, aplicou-lhe, através de decisão irrecorrível e soberana. Não estava em julgamento pela Suprema Corte um presidente da República, que detinha o poder de nomear e oferecer benesses, mas um cidadão comum, já despojado da majestade do cargo, cuja condenação dependia apenas da existência de prova inconcussa de atos de corrupção. Os jardins paradisíacos da "Casa da Dinda", que condenaram o ex-presidente à execração pública, embora pudessem levantar suspeitas sobre as fontes dos recursos gastos na sua construção e manutenção, eram apenas um fato, cuja tipicidade penal, no entender da maioria dos juristas, dependia da existência de um ato de ofício, praticado no exercício das funções de Presidente da República, beneficiando o provedor de tais recursos. O suposto provedor era conhecido, mas a acusação não trouxe para os autos do processo a prova do ato de ofício, praticado em razão da função pública, para perceber vantagem indevida. A própria divergência entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quanto à necessidade do ato de ofício como elemento típico do crime de corrupção passiva, deveria beneficiar o acusado, em favor do qual milita o princípio "in dubio pro reo". Entretanto, não é nosso propósito discutir o acerto de um julgamento da mais alta corte de Justiça do país. Pretendemos apenas, louvar a coragem moral dos juízes, que não se deixaram intimidar pelo patrulhamento dos órgãos de comunicação social, nem pela opinião pública, assegurando ao acusado a igualdade de tratamento perante a lei. Certamente, alguns segmentos da sociedade jamais perdoarão ao Supremo Tribunal Federal a isenção de um julgamento, preferindo uma decisão eminentemente técnica, que desagradou à maioria, ao faccionismo político, que lhe poderia angariar aplausos e popularidade para os juízes que o integram..."

---