

Parecer n.º 01/2002 – Roberto Duarte Butter

SECRETÁRIO DE ESTADO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO CONCESSIVA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ENUNCIADO 14 DO I ENCONTRO DOS JUÍZES DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA. PRISÃO COMO MEDIDA COERCITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE DESOBEDEIÊNCIA E PREVARICAÇÃO. ATIPICIDADE. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA FUNÇÃO. MEDIDAS JUDICIAIS PERTINENTES.

Exmo. Sr. Procurador-Geral,

O Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, considerando as ameaças de prisão que vem sofrendo por parte dos Juízes de Direito das Varas de Fazenda Pública, decorrentes do não cumprimento de decisões judiciais que determinam, em processos de natureza cognitiva, em sede de antecipação de tutela, o fornecimento de medicamentos, “que se vêm acumulando ao ponto de tumultuar os trabalhos desta Secretaria de Estado de Saúde” (cf. fl. 02), solicita a esta Procuradoria Geral do Estado a adoção de providências, “no sentido de remediar a situação, pelas medidas judiciais competentes” (cf. fl. 02).

O ofício encaminhado pelo Exmo. Sr. Secretário de Saúde foi instruído com cópia do ofício SG/AJ n.º 048/2002, subscrito pelo ilustre Procurador do Estado **JOAQUIM FERREIRA FILHO**, o qual exerce o cargo de Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica daquela Secretária de Estado (cf. fl. 03).

A Exma. Sr.ª Subprocuradora-Geral do Estado solicita pronunciamento acerca da matéria.

Expostos os fatos, passo a opinar.

Do Enunciado n.º 14 do I Encontro dos Juízes das Varas de Fazenda Pública

Como mencionado no ofício SG/AJ N.º 048/2002, acima indicado, os Juizes de Direito das Varas de Fazenda Pública vêm, reiteradamente, em processos de conhecimento que objetivam a condenação do Estado do Rio de Janeiro ao fornecimento de medicamentos, deferindo, liminarmente, a antecipação da tutela jurisdicional, nos termos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Ocorre, contudo, que, eventualmente, o Estado do Rio de Janeiro não tem como cumprir, integralmente, a decisão judicial concessiva da antecipação de tutela, pelo fato de não contar com determinado medicamento em seu estoque farmacológico.

Os Juízes de Direito das Varas de Fazenda Pública, visando garantir a efetivação da tutela jurisdicional antecipadamente concedida, vêm determinando a intimação pessoal do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, para que providencie o fornecimento do(s) remédio(s), na forma da decisão concessiva da antecipação da tutela jurisdicional, sob pena de prisão.

Para alguns Juízes o descumprimento da decisão judicial caracterizaria o crime de desobediência, tipificado no artigo 330, do Código Penal, enquanto que, para outros, caracterizaria o crime de prevaricação, cujo tipo penal encontra-se descrito no artigo 319 do Código Penal.

Reunidos em Angra dos Reis, nos dias 19, 20 e 21 de julho do corrente ano, os Juízes das Varas de Fazenda Pública, ao examinarem a questão referente ao descumprimento de decisão judicial, resolveram aprovar o seguinte enunciado:

“O descumprimento de decisão judicial que não comporte recurso com efeito suspensivo, por autoridade administrativa, após regularmente intimada, configura crime de prevaricação, na modalidade omissiva, de natureza permanente, e autoriza como medida de apoio prevista no artigo 461, § 5.º, do CPC, tendente à efetivação da decisão, captura, detenção e encaminhamento daquela à autoridade policial para a lavratura de termo circunstanciado e providências ulteriores”. (cf. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Parte III, de 24.07.2002, p. 2)

O enunciado acima transcrito, por refletir o entendimento da maioria dos Juízes das Varas de Fazenda Pública, provavelmente, passará a ser adotado como fundamento de futuras decisões judiciais, apesar de, como demonstrar-se-á, não encontrar qualquer amparo no ordenamento jurídico em vigor.

Da impossibilidade da decretação da prisão como medida coercitiva ao cumprimento de decisão judicial

A singela leitura do mencionado Enunciado n.º: 14 permite concluir que a prisão (“... captura, detenção e encaminhamento ...”) da autoridade pública, na hipótese de descumprimento de decisão judicial proferida em processo de natureza cognitiva, visa, em realidade, garantir a efetivação da tutela jurisdicional concedida.

A efetivação da prisão, portanto, passa a ser adotada “como medida de apoio prevista no artigo 461, § 5.º, do CPC”, ou seja, como meio coercitivo ao cumprimento de decisão judicial proferida em processo cível, de natureza cognitiva.

Ocorre, contudo, que o artigo 461, § 5.º, do Código de Processo Civil, quer com a redação que lhe foi conferida pela Lei Federal n.º 8.952/94, quer com a nova redação que lhe foi atribuída pela Lei Federal n.º 10.444, de 07 de maio do corrente ano, não permite a decretação de prisão como medida coercitiva ao cumprimento de decisão judicial proferida em autos de ação civil de natureza cognitiva, e nem poderia fazê-lo, posto que a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5.º, inciso LXVII, que

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. (grifei)

Assim, a decretação da prisão (civil) do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, como medida coercitiva ao cumprimento de decisão concessiva de antecipação da tutela jurisdicional, por sua manifesta inconstitucionalidade, caracteriza-se como coação, ilegal e abusiva, à liberdade de locomoção daquela ilustre autoridade pública.

O descumprimento de decisão judicial e o crime de desobediência (Código Penal, artigo 330)

Como já asseverado em capítulo anterior, alguns Juízes das Varas de Fazenda Pública, antes do advento do malsinado Enunciado n.º: 14, esposavam o entendimento de que o não cumprimento da decisão judicial, que, em sede de antecipação de tutela, fixa a obrigação do Estado de fornecer medicamentos ao autor de medida jurisdicional de natureza cognitiva, caracterizaria, em tese, o tipo penal previsto no artigo 330 do Código Penal.

Com efeito, o artigo 330 encontra-se inserido no capítulo II do Título XI da Parte Especial do Código Penal, que trata dos **“CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL”**.

Assim, como preleciona **JULIO FABBRINI MIRABETE**,

“Sujeito ativo do crime previsto no artigo 330 é aquele que desobedece a ordem legal emanada da autoridade competente. Em regra, portanto, é o particular, mesmo porque a infração está entre os crimes praticados por este contra a administração em geral. O funcionário, estando fora de suas funções, pode também cometer o crime, mas se sua conduta (ação ou omissão) for praticada no exercício delas, poderá ocorrer o delito de prevaricação, quando visa atender interesse ou sentimento pessoal. (...)”.
(cf. Código Penal Interpretado, 2.ª edição, Atlas, 2001, p. 1999; os grifos não são do original)

No mesmo sentido é a lição de **DAMÁSIO DE JESUS**, como se infere de seus comentários acerca do sujeito ativo no crime de desobediência, *verbis*:

“*Sujeito Ativo*

Crime comum, pode ser executado por qualquer pessoa, inclusive funcionário público, desde que o objeto da ordem não se relacione com suas funções. (...). Se diz respeito às suas funções, pode haver prevaricação. (...).”

(cf. Código Penal Anotado, 7.ª edição, Saraiva, 1997, p. 903; grifei)

A jurisprudência de nossas Cortes de Justiça, inclusive do excelso Supremo Tribunal Federal e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, é no mesmo sentido, como se verifica pela singela leitura das ementas abaixo transcritas.

“Crime de desobediência. Só excepcionalmente tem por sujeito ativo funcionário público” (STF – RT 613/413)

“O crime de desobediência somente é praticado por agente público quando este está agindo como particular. Cód. Penal, art. 330” (Informativo do STF n.º 132 – HC-76.888-PI)

“Desobediência. Servidor público que desrespeita ordem no exercício de suas funções. Atipicidade. Trancamento da ação penal. Só ocorre o crime de desobediência quando o servidor público desrespeita ordem que não seja referente às suas funções”. (STJ – RT 738/574)

“O Superior Tribunal de Justiça tem entendido não configurar crime de desobediência o ato ou omissão praticados por servidor público, que não cumpre ordem judicial, relativa a órgão da administração, no qual desempenhe suas atividades profissionais”. (TRF – 2.ª Região – HC 96.96.0230369-9-RJ, DJU de 23.09.97, p. 77.038-9)

“O crime de desobediência só pode ser praticado por particular contra a Administração Pública, nele não incorrendo o funcionário público que, na prática de ato no exercício de suas funções, desobedece ato legal emanado de outro agente público, razão pela qual deve ser trancado o inquérito policial instaurado, por falta de justa causa”. (TACRSP – RT 769/595)

Assim sendo, o suposto não cumprimento de decisão concessiva de antecipação de tutela, por parte do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, no exercício de suas funções públicas, ao contrário do sustentado por alguns magistrados, não caracteriza, nem mesmo em tese, o tipo penal previsto no artigo 330 do Código Penal.

Assim, qualquer ato jurisdicional que importe restrição à liberdade de locomoção do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, sob o fundamento de que o mesmo, no exercício de suas funções, praticou o crime previsto no artigo 330 do Código Penal, por não cumprir decisão judicial, se caracteriza como ilegal e abusivo.

O descumprimento de decisão judicial e o crime de prevaricação (Código Penal, artigo 319)

O Código Penal Brasileiro, ao tratar dos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública em geral, tipifica em seu artigo 319 o crime de prevaricação, *verbis*:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Como prelecionam a doutrina e a jurisprudência pátrias, o servidor público que, nesta qualidade, retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, viola o disposto no artigo 319 do Código Penal.

O não cumprimento da decisão concessiva da antecipação da tutela jurisdicional importa omissão na prática de ato de ofício, podendo, pois, caracterizar, em tese, o crime de prevaricação.

Ocorre, contudo, que a tipificação do crime previsto no artigo 319 do Código Penal exige a caracterização de elementos objetivos e subjetivos.

JÚLIO FABBRINI MIRABETI, ao comentar o tipo objetivo do crime de prevaricação, afirma que

“A primeira ação típica inscrita no art. 319 é a de retardar, atrasar, adiar, protelar, protrair, procrastinar o ato de ofício, que deve ser executado em prazo prescrito, se existe, ou em tempo útil para que produza seus efeitos normais. A segunda conduta típica é deixar de praticar o ato, a omissão de quem não tem intenção de executá-lo. Por fim, a terceira é praticar o ato de forma ilegal. (...)”. (cf. ob. cit., p. 1952)

O mesmo autor, ao analisar o tipo subjetivo do delito descrito no artigo 319 do Código Penal, preleciona que

“O dolo é a vontade de retardar, omitir ou praticar ilegalmente o ato de ofício, mas se exige o elemento subjetivo do tipo que é o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. O interesse pode ser patrimonial, material ou moral. O sentimento, estado afetivo ou emocional, pode deri-

var de uma paixão ou emoção (amor, ódio, piedade, avareza, cupidez, despeito, desejo de vingança etc.). O crime caracteriza-se ainda que se trate de sentimento social, moral ou nobre, embora tais motivações possam influir na fixação da pena”. (cf. ob. cit.; p. 1955, grifei)

No mesmo sentido são as lições de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (cf. Código Penal Anotado, 7.ª edição, Saraiva, 1997, p. 879), CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO e ROBERTO DELMANTO JUNIOR (cf. Código Penal Comentado, 4.ª edição, Renovar, 1998, p. 542)

Os Tribunais pátrias, por seu turno, têm, reiteradamente, decidido que:

“Sem o dolo não há tipicidade, porque prevaricação é o não cumprimento do dever a que está obrigado o funcionário, em razão de ofício, cargo ou função, por improbidade ou má-fé. A indolência, o simples desleixo, a negligência, apenas poderão determinar a responsabilidade civil se houver danos, ou legitimar sanções de outra natureza”. (TACRSP – RT 565/344)

“O simples retardamento de atos de ofício não configura, só por si, o crime de prevaricação. Sem o dolo específico, isto é, sem prova da intenção de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, impossível condenar por tal espécie de delito”. (TJSC – RT 499/390)

“Para a configuração do delito de prevaricação, não basta o simples retardamento de ato de ofício. Para sua tipificação é necessário que o móvel da ação seja a satisfação do interesse ou sentimento pessoal”. (TACRSP – JTACRIM 72/396)

O excelso Supremo Tribunal Federal e o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em absoluta consonância com a doutrina e com o entendimento sufragado pelas demais Cortes de Justiça, rotulam, “no crime de prevaricação, inepta a denúncia que não especifica o sentimento pessoal que anima a atitude do autor” (cf. STF – RTJ 111/288), *verbis*:

“Denúncia. Requisitos: formal e material. A denúncia deve satisfazer o requisito formal (descrever a conduta com todas as suas circunstâncias), (CPP, art. 41) e o requisito material (apoiar-se em indícios que gerem juízo de probabilidade de a descrição corresponder ao acontecido no plano da experiência jurídica). Não basta reproduzir os termos da lei. No caso do crime – de prevaricação – insuficiente afirmar que o acusado agiu para a satisfação de interesse pessoal. Imperioso especificar em que consistiu o mencionado interesse”. (STJ – RHC 4.202-MT; DJU de 26.02.96; p. 4.085)

“Prevaricação (...) É inepta a denúncia, em crime de prevaricação, que não especifica o interesse ou o sentimento pessoal que o acusado buscou satisfazer”. (RSTJ 71/116-7 e RT 712/471-2)

“No crime de prevaricação (art. 319 do CP), é inepta a denúncia que não especifica o especial fim de agir do autor, limitando-se a afirmar apenas que o acusado agiu para satisfazer interesse ou sentimento pessoal através de singela reprodução dos termos da lei”. (STJ – RT 778/532)

No caso em exame, o eventual não cumprimento de decisão concessiva da antecipação da tutela jurisdicional não decorre da vontade livre e consciente do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde em se opor ao cumprimento da decisão judicial, com o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

O não fornecimento de medicamentos, como já mencionado, decorre do fato do Estado do Rio de Janeiro, eventualmente, não ter em seus estoques o remédio pleiteado pelo interessado.

Logo, não há como se dizer que o eventual não fornecimento do medicamento tenha como causa a vontade livre e consciente do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde de descumprir ordem judicial, e muito menos de descumprir-la para satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Para que não reste qualquer dúvida quanto ao real motivo do não cumprimento da decisão judicial, ousou sugerir que a Secretária de Estado de Saúde, na eventualidade de ser intimada a fornecer remédio que não tenha disponibilizado em seu estoque, comunique, de imediato, tal fato ao juízo fazendário, informando, outrossim, as providências adotadas para permitir o cumprimento da decisão.

Deste modo, ao contrário do previsto no Enunciado 14 do I Encontro dos Juízes das Varas de Fazenda Pública, o descumprimento de decisão judicial que não comporte recurso com efeito suspensivo, por autoridade administrativa, após regularmente intimada, por si só, não configura crime de prevaricação.

Assim, a decretação da prisão do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde por crime de prevaricação, em razão do não fornecimento de medicamentos, na forma determinada em decisão concessiva de antecipação de tutela jurisdicional, configura coação ilegal e abusiva à liberdade de locomoção daquela autoridade pública.

Da incompetência dos Juízes das Varas de Fazenda Pública para decretarem a prisão de Secretário de Estado

A Constituição Federal, ao tratar das garantias fundamentais, estabelece em seu artigo 5.º, incisos LIII e LIV, que

“LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”;

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 161, inciso IV, letra “d”, 1, como autorizado pela Constituição Federal (artigo 125, § 1.º), estabelece que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, quando não conexos com os do Governador, os Secretários de Estado, sendo tal atribuição do Órgão Especial, *ex vi* do disposto no artigo 3.º, inciso I, letra “b”, do Regimento Interno desse Tribunal de Justiça.

Os Juízes de Direito das Varas de Fazenda Pública não têm, pois, competência para processarem e julgarem os Secretários de Estado, e, conseqüentemente, são incompetentes para decretarem (ou deferirem) pedido de prisão, de natureza penal, daquelas autoridades públicas.

A inobservância da regra de competência importa coação à liberdade de locomoção.

Das medidas judiciais cabíveis contra decisões judiciais que importem coação ilegal e abusiva à liberdade e locomoção do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde

Como demonstrado nos capítulos precedentes, a decretação da prisão do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, por decisão de Juiz da Vara de Fazenda Pública, quer por crime de prevaricação, quer por crime de desobediência, ou ainda como medida de coerção civil, em razão do eventual não fornecimento de medicamentos, na forma determinada em decisão concessiva de antecipação de tutela jurisdicional, caracteriza coação ilegal e abusiva à liberdade de locomoção daquela autoridade pública.

Segundo o disposto no inciso LXVIII, do artigo 5.º, da Constituição Federal,

“conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O Código de Processo Penal, ao cuidar do *“Habeas Corpus e seu processo”*, prevê, em seu artigo 648, incisos I e III, que

“A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – (omissis);

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo”.

A decretação da prisão do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde como medida coercitiva de natureza civil para garantir a efetivação do cumprimento da decisão concessiva da antecipação da tutela jurisdicional, bem como por suposta infração aos tipos penais descritos nos artigos 319 e 330 do Código Penal, caracteriza, como acima demonstrado, coação ilegal e abusiva à liberdade de locomoção daquela autoridade pública, autorizando a impetração de *Habeas Corpus*, com amparo no disposto no inciso I do artigo 648 do Código de Processo Penal (falta de justa causa).

A decretação da prisão, de natureza penal, do Exmo. Sr. Secretário de Saúde por decisão proferida por Juiz da Vara de Fazenda Pública, por seu turno, autoriza a impetração de *Habeas Corpus*, com amparo na regra insculpida no inciso III do artigo 648 do Código de Processo Penal (incompetência do juízo).

Assim sendo, entendo que contra as decisões proferidas pelos Juízes das Varas de Fazenda Pública que decretem, ou contenham ameaça de decretação, de prisão do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, por descumprimento de decisão judicial, além da interposição dos recursos processuais cíveis cabíveis, devem ser impetradas ordens de *Habeas Corpus* (em caráter satisfativo ou preventivo, conforme o caso).

Impende observar, por oportuno, que, tal como ocorre com o Mandado de Segurança, o *Habeas Corpus*, mesmo de natureza preventiva, deve ser impetrado contra ato concreto. Ou seja, os *Habeas Corpus*, se necessários, devem ser impetrados caso a caso.

Não há, *concessa venia*, qualquer medida judicial que possa ser manejada diretamente contra o teor do mencionado enunciado 14, posto que o mesmo apenas espelha, abstratamente, o posicionamento da maioria dos Juízes das Varas de Fazenda Pública, não sendo dotado, pois, de qualquer eficácia legal.

Cumprido observar, por oportuno, que a Procuradoria-Geral do Estado já impetrou, em caráter preventivo, uma ordem de *Habeas Corpus* em favor do Exmo. Sr. Secretário de Saúde, contra decisão prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 9.^a Vara da Fazenda Pública que deferiu a prisão em flagrante delito daquela autoridade pública, obtendo, inclusive, em caráter liminar, a expedição de salvo-conduto.

Conclusão

Por todo o exposto, concluo que:

- a) decretação da prisão do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde, como medida coercitiva ao cumprimento de decisão judicial proferida em autos de ação civil, de natureza cognitiva, não encontra amparo no ordenamento legal;

- b) o eventual descumprimento de decisão judicial pelo Exmo. Sr. Secretário de Saúde, no exercício de suas funções públicas, não caracteriza, nem mesmo em tese, o tipo penal previsto no artigo 330 do Código Penal (desobediência);
- c) o eventual descumprimento de decisão judicial pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde somente se amolda ao tipo penal previsto no artigo 319 do Código Penal (prevaricação), se caracterizado que aquela autoridade pública, livre e conscientemente, desobedeceu, dolosamente, a ordem judicial, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal;
- d) para espancar qualquer dúvida quanto aos reais motivos do eventual não cumprimento da decisão judicial, o Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde deve, imediatamente, comunicá-los ao juízo fazendário, mencionando as providências adotadas para superar os obstáculos apontados;
- e) o juízo fazendário não tem competência para decretar e/ou deferir a prisão criminal do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde;
- f) sem prejuízo dos recursos cíveis cabíveis, deve ser impetrado *Habeas Corpus* contra qualquer ato judicial que importe coação, ou iminência de coação, ilegal e abusiva, à liberdade de locomoção do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saúde;
- g) o *Habeas Corpus*, mesmo quando impetrado em caráter preventivo, deve atacar um ato concreto;
- h) o Enunciado n.º 14, do I Encontro dos Juízes das Varas de Fazenda Pública, por apenas refletir o entendimento da maioria dos juízes fazendários sobre um determinado tema, é desprovido de qualquer eficácia legal, não podendo ser diretamente impugnado por qualquer medida judicial.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2002.

Roberto Duarte Butter
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer n.º 01/2002-RDB, do ilustre Procurador do Estado **Roberto Duarte Butter**.

Encaminhe-se ao Gabinete Civil, com vistas à Secretaria de Estado de Saúde, para ciência.

Após, solicito o retorno do presente expediente à Procuradoria Geral do Estado.

Em 21 de agosto de 2002.

Geraldo Arruda Figueredo
Procurador-Geral do Estado

Processo n.º E-14/07.039/2002