

conferir
hado do

ETTON
do Estado

PARECER S/Nº, DE 15.04.92 - AUGUSTO FREDERICO GAFFRÉE
THOMPSON

Questão 1. PRIMEIRA PARTE:

"Quais os pressupostos de fato configurativo do crime de desobediência?"

Resposta:

Tipo objetivo - O núcleo do delito está representado pelo verbo *desobedecer*, isto é, não atender, aceitar, cumprir, seguir etc. Pode dar-se por comissão (a ordem proíbe uma ação que é realizada) ou por omissão (a ordem impõe uma ação que não é realizada). A ordem há de ser *legal*, tanto em relação à sua forma e conteúdo, como à competência de quem a emite. Vale lembrar, a propósito, que *ilegalidade* não se confunde com *justiça*, assim, o comando legal, ainda que injusto, basta para configurar a infração, se desatendido.

Objeto jurídico - O bem jurídico protegido diz respeito ao prestígio e à dignidade da pública administração, com o acatamento do princípio da autoridade, especialmente no que concerne ao cumprimento de suas ordens.

Sujeito ativo - Aquele que desobedece. Como se cuida de delito engastado no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, é, em princípio, um *extraneus*. A este, porém, equipara-se o funcionário público que age como particular, ou seja, em cujos deveres funcionantes não figura o de cumprir a ordem de que se trate. Se a determinação tem por destinatário funcionário público e se refere a funções suas, descaracteriza-se a desobediência, cabendo reconhecer, eventualmente, o crime de prevaricação (Código Penal, art. 319), desde que, e somente, moveu o agente intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Sujeito passivo - O Estado, titular do objeto jurídico tutelado. Também, secundariamente, o funcionário que expede a ordem.

Consumação - Aperfeiçoou-se o crime de desobediência, na forma comissiva, com a prática da ação proibida: na omissiva, pela falta do agir determinado, respeitado o prazo dado ou razoavelmente necessário para tanto. Não se trata de crime permanente, mesmo na segunda forma: a consumação ocorre no momento em que, podendo ou devendo executar-se a ação objeto da ordem, resulta ela omitida. Assim, se o agente persiste na omissão após aquele momento, será de reconhecer tal *plus* como mero *exaurimento* da infração já consumada. Basta lembrar, para efeito de prestigiar esta conclusão, que a Doutrina inadmitte a possibilidade de tentativa na forma omissiva do crime *sub examine*. O ponto oferece relevo para o exato equacionamento da resposta à segunda questão da consulta.

Tipo subjetivo - Exige-se do agente o dolo (o antigo *dolo genérico*), isto é, a vontade livre e consciente de desobedecer a uma ordem legal que tem obrigação de cumprir. O erro de fato exclui o crime. Da mesma forma, se o agente age em obediência a ordem (*in casu*, verdadeira contra-ordem), não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da contra-ordem. Lembre-se que a dúvida da ilegitimidade da contra-ordem do superior hierárquico basta para isentar de culpa (em sentido lato) o funcionário subordinado, já que somente a ilegalidade gritante, evidente, clara, patente, notória, grosseira, enfim, manifesta, afasta a incidência do disposto no Código Penal, art. 22.

Questão 1. SEGUNDA PARTE:

"É cabível cogitar-se dessa figura delituosa (*desobediência*) na hipótese de não cumprimento de medida liminar ou não execução de sentença definitiva mandamental?"

Resposta:

Não. Para fundamentar ponto de vista assim peremptório, recorro ao mais autorizado de todos os nossos penalistas, o grande Mestre Nelson Hungria:

"Recentemente, agitou-se a seguinte questão: qual o crime do funcionário administrativo (alheio à hierarquia na órbita judiciária) que se nega a cumprir um mandado judicial, ainda mesmo depois de rejeitados os argumentos de sua *obtemperação*? Será o crime de *desobediência* (art.330) ou o de *prevaricação*? O crime de *desobediência* é incluído pelo Código entre os praticados por *particular* (ou por funcionário entre cujos deveres *funcionais* não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na hipótese formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de *prevaricação*, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal (como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à decisão judicial)".

Que fazer, acaso a ordem permaneça descumprida? Complementa Nelson Hungria:

"Fora daí, nada mais será cabível além de *pena disciplinar*, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente." (id., ib.).

E, em nota de rodapé, remata o jurista:

"Se o descumpridor da decisão judicial é o Presidente da República ou qualquer de seus Ministros, ou o Governador de Estado ou qualquer de seus Secretários, haverá *crime de responsabilidade*, dando ensejo ao *impeachment* (veja-se Lei nº 1.079, de 1950, arts. 12 a 14)." (Id. Ib.).

Claro, qualquer ação direta de autoridade judicial contra funcionário do Executivo, para obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *ratione officii*, representa interferência indébita de um Poder na economia interna de outro, com violação ao princípio da independência dos Poderes, consagrado na Magna Carta, art. 2º.

De regra, aliás, segue essa linha o Colégio Supremo Tribunal Federal, como se colhe de seu Regimento Interno (RISTF), art. 46:

"Sempre que tiver conhecimento de *desobediência* a ordem emanada do Tribunal ou de seus Ministros, no exercício da função, ou de *desacato* ao Tribunal ou a seus Ministros, o Presidente comunicará o fato ao órgão competente do Ministério Público, provendo-o dos elementos de que dispuser para a propositura da ação penal."

A única exceção pela qual a Corte Suprema se autoriza, por seu Presidente, a decretar a prisão de servidor do Poder Executivo, em face do não cumprimento de determinação do Tribunal, consta do RISTF, art. 197, dizendo respeito ao gravíssimo caso do detentor ou carcereiro que desobedece ou retarda a soltura do preso beneficiado por ordem de *habeas corpus*. Cuida-se de *prisão administrativa*, a que nos referiremos na resposta à questão três - aqui prevista explicitamente por lei, já que tal qualificação é deferida ao RISTF.

QUESTÃO 2:

"Prefigurada que seja a espécie típica, é possível a aplicação da pena privativa de liberdade, independentemente da instauração do devido processo legal, de natureza penal?"

Resposta:

Quanto à aplicação de pena por condenação, obviamente a resposta é negativa: só vale a condenação criminal por conduto de sentença, ao final de procedimento regular em que tenham sido respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa do acusado.

Que dizer da prisão provisória?

Em se tratando de crime consubstanciado no não acatamento de funcionário público a determinação provinda do Judiciário, a prevaricação, tanto quanto a *desobediência*, dificilmente dará lugar a prisão em flagrante (relembre-se que tais delitos não são permanentes). Ainda que isso suceda, o agente tem direito a prestar fiança para responder ao processo em liberdade, já que o funcionário público em pleno exercício das funções, por provável, satisfará os requisitos do Código de Processo Penal, arts. 321 e seguintes. Por outro lado, também angusto apresenta-se o terreno para decretação da prisão preventiva, pois, para infrações punidas com pena de detenção (caso da *prevaricação* e da *desobediência*), tal medida extrema só pode ser decretada: 1º se o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornece ou não indica elementos para esclarecê-la: 2º se o réu é reincidente em crime doloso. Ora, a segunda condição é pouco provável de acontecer, sendo a primeira inviável. De qualquer forma, vale assinalar que ao Magistrado autor da ordem descumprida fica vedado decretar a prisão preventiva ou decidir sobre a higidez do flagrante, uma vez que, sendo sujeito passivo do delito (vítima, ofendido), incorre em suspeição para proferir julgamento na causa (Código de Processo Penal, art. 252, IV).

QUESTÃO 3:

"As autoridades judiciais em geral detêm competência para determinar a prisão, mesmo que não jurisdicionem no crime?"

Resposta:

Sim, quanto à denominada *prisão administrativa* (por exemplo, Lei de Falências, arts. 35, 37, 60, parágrafo 1º, 63, XXII, 70 parágrafos 5º e 7º; Lei da Alienação Fiduciária, art. 4º; Lei de Alimentos, art. 19; Código de Processo Civil, arts. 733, parágrafo 1º, 885; etc.), tal providência, ressalte-se, depende de previsão expressa da legislação, não podendo ser ampliada para abarcar hipóteses por aquela não contempladas.

QUESTÃO 4:

"Em face de ameaça simples é cabível a impetração de *habeas corpus*?"

Sim, cabe o chamado *habeas corpus preventivo*, sempre que alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder - conforme reza a Constituição Federal, art. 5º, LXVIII.

Como a matéria se estaqueia em institutos jurídicos solidamente sedimentados, a inoferecer divergências conceituais ou doutrinárias, penso calhar a maneira sucinta por que se modelou o presente. De qualquer sorte, ponho-me à disposição para tentar esclarecer dúvidas que tenha deixado remanescer.

Augusto F.G. Thompson
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer de fls. 4/11, do ilustre Sr. Procurador AUGUSTO F.G. THOMPSON, que, com a lucidez e a objetividade de consagrado criminalista, dilucida com clareza questões relativas à inocorrência do crime de *desobediência* na hipótese de

inobservância, por funcionário público, de ordem ou decisão judicial, apontando, ainda, a incompetência e mesmo a suspeição de o juiz prolator da ordem ou decisão decretar-lhe a prisão preventiva.

O reiterado constrangimento de autoridades públicas com ameaças desse teor e com a decretação abusiva de prisões preventivas, corrigíveis por *habeas corpus*, independentemente da representação cabível, está a recomendar, creio, se confirmam efeitos normativos ao Parecer, o que venho alvitrar.

Ao Excelentíssimo Senhor Governador,

Em 22 de abril de 1992

Ricardo Aziz Cretton
Procurador-Geral do Estado

OFÍCIO CIRCULAR Nº 34/93 - PG

SENHOR SECRETÁRIO

Encaminho a Vossa Excelência a inclusa cópia do Parecer s/nº, de 15.04.92, do Procurador do Estado AUGUSTO FREDERICO GAFFRÉE THOMPSON, por mim aprovado, em que o ilustre parecerista, jurista especializado em matéria penal, responde à consulta formulada sobre algumas prolações judiciais, inclusive de natureza liminar, pretendendo cominar a autoridades estaduais "pena de prisão por crime de desobediência" na hipótese de não cumprimento de medida liminar ou de sentença definitiva mandamental, independentemente da instauração do devido processo legal, de natureza penal.

Transcrevo, a seguir, algumas questões formuladas e trechos das respostas dadas no parecer:

Questão 1, SEGUNDA PARTE:

É cabível cogitar-se dessa figura delituosa (desobediência) na hipótese de não cumprimento de medida liminar ou não execução de sentença definitiva mandamental?

Resposta:

"Não. Para fundamentar ponto de vista assim peremptório, recorro ao mais autorizado de todos os nossos penalistas, o grande Mestre Nelson Hungria:

"Recentemente, agitou-se a seguinte questão: qual o crime do funcionário administrativo (alheio à hierarquia na órbita judiciária) que se nega a cumprir um mandado judicial, ainda mesmo depois de rejeitados os argumentos de sua obtemperação? Será o crime de desobediência (art. 330) ou o de prevaricação? O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular (ou por funcionário entre cujos deveres funcionais não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na hipótese formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de prevaricação, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal (como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à decisão judicial)".

Que fazer, acaso a ordem permaneça descumprida?

Complementa Nelson Hungria:

"Fora daí, nada mais será cabível além de pena disciplinar, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administração competente"(id., ib.).

E, em nota de rodapé, remata o jurista:

"Se o descumpridor da decisão judicial é o Presidente da República ou qualquer de seus Ministros, ou o Governador de Estado ou qualquer de seus Secretários, haverá crime de responsabilidade, dando ensejo ao *impeachment* (veja-se Lei nº 1.079, de 1950, arts. 12 a 14)". (Id., ib.).

QUESTÃO 2:

"Prefigurada que seja a espécie típica, é possível a aplicação da pena privativa de liberdade, independentemente da instauração do devido processo legal, de natureza penal?"

Resposta:

"Quanto à aplicação de pena por condenação criminal, obviamente a resposta é negativa: só vale condenação criminal por conduto de sentença, ao final de procedimento regular em que tenham sido respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa do acusado.

Que dizer da prisão provisória?

Em se tratando de crime consubstanciado no não acatamento de funcionário público a determinação provinda do Judiciário, a prevaricação, tanto quanto a desobediência, dificilmente dará lugar a prisão em flagrante (relembre-se que tais delitos não são permanentes). Ainda que isso suceda, o agente tem direito a prestar fiança para responder ao processo em liberdade, já que o funcionário público em pleno exercício das funções, por provável, satisfará os requisitos do Código de Processo Penal, arts. 321 e seguintes. Por outro lado, também angusto apresenta-se o terreno para decretação da prisão preventiva, pois, para infrações punidas com pena de detenção (caso da prevaricação e da desobediência), tal medida extrema só pode ser decretada: I - se o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornece ou não indica elementos para esclarecê-la; II - se o réu é reincidente em crime doloso. Ora, a segunda condição é pouco provável de acontecer, sendo a primeira inviável. De qualquer forma, vale assinalar que ao Magistrado autor da ordem descumprida fica vedado decretar a prisão preventiva ou decidir sobre a higidez do flagrante, uma vez que, sendo sujeito passivo do delito (vítima, ofendido), incorre em suspeição para proferir julgamento na causa (Código de Processo Penal, art. 252, IV).

QUESTÃO 3:

Em face de ameaça simples é cabível a impetração de *habeas corpus*?

Resposta:

"Sim, cabe o chamado *habeas corpus* preventivo sempre que alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, conforme reza a Constituição Federal, art. 5º, LXVIII".

Com a lucidez e a objetividade de consagrado criminalista, o ilustre Procurador AUGUSTO FREDERICO GAFFRÉE THOMPSON dilucidou com clareza questões relativas à inoccorrência de crime de desobediência na hipótese de inobservância, por funcionário público, de ordem ou decisão judicial, apontando, ainda, a incompetência e mesmo a suspeição de o Juiz prolator da ordem ou decisão decretar-lhe a prisão preventiva.

O reiterado constrangimento de autoridades públicas com ameaças desse teor e com a decretação abusiva de prisões preventivas, corrigíveis por *habeas corpus*, independentemente da representação cabível, está a recomendar, creio, a remessa do presente expediente a V. Exa., como expressão do pensamento desta Casa, a cuja Chefia incumbe orientar as autoridades estaduais sobre providências de ordem jurídica aconselhadas pela aplicação das leis vigentes ou pelo interesse público.

Aproveito a oportunidade para apresentar a V. Exa. minhas expressões de estima e consideração.

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador-Geral do Estado

OFÍCIO Nº 124/92 - PG em 24 de março de 1992

Senhor Procurador,

O presente constitui designação especial, calcada nos reconhecidos foros de V. Exa., de jurista atiladamente especializado em matéria penal, para responder em face de algumas prolações judiciais, inclusive de natureza liminar, pretendendo cominar a autoridades estaduais, *verbis...* "pena de prisão por crime de desobediência", às seguintes questões, ficando obviamente V. Exa. à vontade para prestar os esclarecimentos que entender necessários à plena compreensão do assunto:

1º - Quais os pressupostos de fato configurativos do crime de desobediência? É cabível cogitar-se dessa figura delituosa na hipótese de não cumprimento de medida liminar ou não execução de sentença definitiva mandamental?

2º - Prefigurada que seja a espécie típica, é possível a aplicação da pena privativa de liberdade, independentemente da instauração do devido processo legal, de natureza penal?

3º - As autoridades judiciais em geral detêm competência para determinar a prisão, mesmo que não jurisdicionem no crime?

4º - Em face da ameaça simples é cabível a impetração de *habeas corpus*?

No aguardo da resposta à presente consulta, renovo a V. Exa. minhas expressões de estima e consideração.

RICARDO AZIZ CRETTON
Procurador-Geral do Estado

Ao Exmo. Sr.
DR. AUGUSTO FREDERICO GAFFRÉE THOMPSON
PC-11 - 5ª PR