

O MANDADO DE SEGURANÇA E O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Jorge de Oliveira Vargas*



ação mandamental do mandado de segurança, consagrada no art. 5º, LXIX da Constituição Federal, é, como todos sabem, uma garantia constitucional fundamental contra o arbítrio do poder público, por ilegalidade ou abuso de poder, bem como do agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Já tem nível constitucional em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, quando seu conceito era abrangido pela ação de *habeas corpus*.

Essa Constituição, ao tratar da declaração de direitos, dispunha em seu art. 72 § 22: “Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.”

Note-se que o *habeas corpus* aí consagrado não se limitava a garantir o direito de locomoção, mas todo e qualquer direito que sofresse ou estivesse na iminência de sofrer uma violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. E essa violência poderia partir quer de uma autoridade, quer de um particular. Portanto, a eficácia do mandado de segurança, ali abrangida pela do *habeas corpus*, era bem ampla: era possível impetrar-se mandado de segurança contra particular, independentemente dele estar exercendo uma atribuição do Poder Público.

Foi só com a emenda constitucional de 1926 que esse

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor universitário. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

dispositivo foi alterado, ficando a ação de *habeas corpus* limitada a proteger apenas a liberdade de locomoção, desaparecendo do texto constitucional a parte que correspondia a proteção de outros direitos.

A ação de mandado de segurança readquire seu *status* constitucional na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que ao tratar dos direitos e das garantias individuais, dispunha em seu art. 113, 33, o seguinte: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

A eficácia dessa ação mandamental foi consideravelmente reduzida nessa Constituição, pois exigia-se, para seu cabimento direito certo e incontestável, quando é sabido que todo direito comporta várias interpretações; cabendo lembrar aqui a “moldura kelseniana”. O mandado de segurança perde seu *status* constitucional na Constituição de 10 de novembro de 1937.

Na Constituição de 18 de setembro de 1946 está consagrado no art. 141 § 24 que dispunha: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Nota-se aí uma evolução da abrangência dessa garantia constitucional fundamental. A ação é cabível não só quando o direito é certo e incontestável; o mandado de segurança, a partir de então, tem por finalidade garantir direito é líquido e certo.

Para esclarecer essa diferença é importante mencionar a Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal que diz: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado

de segurança”. Direito líquido e certo se refere a fato incontroverso; a fato capaz de ser comprovado de plano, por documentos; que dispensa dilação probatória.

Assim, o fato de existir controvérsia sobre questão de direito, inclusive sobre constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, não impede a concessão do mandado de segurança bastando que o fato seja incontroverso.

A Constituição Federal de 1988, conforme já dito, manteve a nível constitucional essa garantia, realçando seu caráter residual, ou seja: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* ...”, o que significa dizer que se for para proteger direito de locomoção: o remédio constitucional é o *habeas corpus* e, se for para garantir o de informação: o remédio constitucional é o *habeas data*.

Importante é realçar o novo conceito de ilegalidade ou abuso de poder, contido no dispositivo.

Ilegalidade alcança também inconstitucionalidade, pois lei que não é constitucional, não é lei; portanto, quando ali se fala em proteção frente a ilegalidade, também se está dizendo proteção frente a inconstitucionalidade. Importa, no entanto, ressaltar que a alegação de inconstitucionalidade no mandado de segurança deve estar na causa de pedir e não no pedido, pois conforme a Súmula 266 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

A aplicação dessa Súmula só é afastada em se tratando de lei com efeito concreto, ou seja, quando a lei, por si só é capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial da pessoa, caso em que é possível o mandado de segurança preventivo (art. 1º da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências).

Feito esse rápido retrospecto do instituto, passa-se a analisar o art. 26 dessa lei, que diz: “Constitui crime de deso-

bediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.”

Em primeiro lugar esclareça-se que esse dispositivo aplica-se só quando a decisão proferida em mandado de segurança tem carga de eficácia mandamental, pois relativamente a carga de eficácia condenatória, como condenação ao pagamento de quantia, não é aplicável, de vez que nos termos do art. 5º, LXVII da Constituição Federal não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inexcusável de obrigação alimentícia.

Porém, quando se tratar de ordem, ou seja, quando a decisão tiver carga de eficácia mandamental, configura-se o crime de desobediência.

Esse crime está definido no art. 330 do Código Penal, que diz: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”

Muitos entendiam que o crime de desobediência não se aplicava a funcionário público, porque está no Capítulo II do diploma repressivo, que trata dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, ou seja, que só o particular pratica crime de desobediência.

Sempre entendi diferente, pois seria interpretar a lei pelo absurdo se fosse entendido que o funcionário público pode descumprir impunemente uma decisão judicial. O funcionário público quando descumpre uma decisão judicial não está exercendo uma função pública, portanto, age, não no exercício dessa função, mas como uma pessoa qualquer, se sujeitando, por isso, ao crime de desobediência.

Todavia, para pôr fim a essa polêmica, o art. 26 da Lei 12.016 veio deixar claro que a autoridade coatora, no mandado de segurança, está sujeita ao crime de desobediência.

É importante observar que o crime de desobediência, em relação a ordem judicial, é crime permanente, pois sendo a função jurisdicional a prestação da tutela, enquanto esta não for efetivamente prestada em razão da desobediência do renitente, o crime continuará sendo praticado e, de consequência, o teimoso se encontrará em flagrante delito, podendo ser preso nos precisos termos dos arts. 302, I e II e 303, do Código de Processo Penal, que dizem: “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; (...) Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”

Assim, enquanto não cessar a desobediência, o renitente estará em flagrante delito. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, decidindo: “o crime de desobediência é permanente, ensejando prisão em flagrante enquanto não cumprida a determinação”¹; e não é outra a posição de José Frederico MARQUES quando diz: “nos crimes permanentes, como a conduta ilícita do agente perdura no tempo, existe sempre a atualidade delituosa, que, surpreendida por alguém, dá origem ao crime em flagrante.”².

Porém, dirão alguns, essa prisão em flagrante será inócua, pois o crime de desobediência é punido com a pena máxima de seis meses de detenção e, em razão disso, é considerado de menor potencial ofensivo, cujo processamento se dará com a observância do contido na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Efetivamente o art. 61 da referida Lei, diz: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os

¹ Recurso de “habeas corpus” 1.060-SP. Sexta Turma. Rel. desig. Min. Vicente Cernicchiaro, data do julgamento: 23.04.91, DJU 20.05.91, p. 6.541. No mesmo sentido RHC 1.061-SP, DJU 13.05.91, p. 6.088.

² MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, vol. IV, p. 89. Campinas : Bookseller, 1997.

efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Nessa hipótese, diz o art. 76 da mencionada Lei: “.... tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada [que é o caso], não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. É o que se convencionou chamar de transação penal.

Então, bastaria ao funcionário público aceitar uma transação penal que tudo ficaria resolvido e a decisão judicial não seria cumprida. Porém, não deve ser assim, em primeiro lugar porque em se tratando de crime permanente, mesmo após a transação, o funcionário continuaria cometendo o crime, ou seja, só deixaria de cometê-lo com o cumprimento da decisão judicial; e, em segundo, a transação não será admitida quando não for suficiente para solucionar satisfatoriamente a questão da prestação jurisdicional relativamente ao não cumprimento da ordem judicial (art. 76, III da Lei 9.099).

Em conclusão: a desobediência à ordem judicial, por funcionário público, caracteriza crime de desobediência, o qual é permanente, entendendo-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, não sendo possível a transação penal de que trata o art. 76 da Lei 9.099, por não se mostrar satisfatória, ou seja, por não ser suficiente para garantir o cumprimento da ordem desobedecida.

