

REQUISITOS TÍPICOS DO DELITO DE PREVARICAÇÃO E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

MÁRIO SÉRGIO LEITE

Especialista em Direito Penal pela USP
e Juiz de Direito em São Paulo

1. Introdução — 2. Do delito de prevaricação. 2.1 Esboço histórico. 2.2 Conceito e objetividade jurídica. 2.3 Sujeitos do delito. 2.4 Tipo objetivo. 2.5 Tipo subjetivo — 3. Da denúncia — 4. O princípio do livre convencimento dos profissionais da área jurídica — 5. Conclusões — 6. Bibliografia.

1. Introdução

O delito de prevaricação, previsto no art. 319 do CP, no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, não obstante ser tema pacífico na doutrina, ainda causa aos profissionais do direito, perplexidade e, porque não, temor. Com efeito, não são raros pedidos de instauração de inquéritos policiais, com base no delito em tela, contra delegados de polícia, promotores de justiça e juízes de direito de primeira instância. O fundamento dos pedidos de providências são sempre os mesmos, desídia e não observância da lei. Impende salientar, desde já, que os pedidos de apuração das condutas partem sempre de outros profissionais da área jurídica, que se situam em um patamar dito hierarquicamente superior, não obstante o erro em tal qualificação, pois hierarquia é um conceito próprio e que não pode ser aplicado quando se faz necessário o exercício do livre convencimento, ainda mais quando jurisdicional. Ocorrem, v.g., em casos de não autuação em flagrante, por parte da autoridade policial, ou em aplicação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, quando não se obedece aos estritos limites fixados em determinada norma. Na verdade, quando

o profissional toma um posicionamento mais liberal em relação a determinado fato criminoso. O motivo, sem dúvida, é decorrente dos atuais movimentos de defesa social, os quais, procurando difundir o medo como veículo de lucro e propaganda, acabam exercendo pressões sobre todos aqueles que aplicam a lei. Por isso, o momento é de reflexão, devendo, desde já, afirmar-se que as decisões, por mais não convencionais que possam ser, não rendem ensejo a punições, principalmente através do delito de prevaricação, que segue contornos próprios e delimitados, diga-se, do próprio ordenamento jurídico. É esse o objetivo desse estudo, que partirá da própria análise do crime de prevaricação, para depois tecer comentários a respeito da atividade dos profissionais da área jurídica, quando agem através do que se convencionou chamar, livre convencimento.

2. Do delito de prevaricação

2.1 Esboço histórico

Prevaricação vem do latim *praevaricatio*, significando aquele que anda obliquamente ou desviado do caminho direto. No sentido figurado, definia-se a conduta de

quem, tomando a defesa de uma causa, favorecia a parte contrária. Segundo Cícero: “*Praevaricator significat eum qui in contrariis causis quasi variae esse positus videbitur*”. Em sentido jurídico, ganhou duas conotações, uma em sentido lato, outra estrito. Nesta, significava a conduta do advogado ou patrono da parte que, traindo seu mister, pactuava fraudulentamente com a parte contrária, levado, em regra, pela ambição ou interesse próprio. Em sentido genérico, traduzia simplesmente o desvio de função, a conduta do funcionário que trai seus deveres, o *actor* que, *judicio publico*, traía a própria causa, conluindo-se com o *reus*.

Os romanos mantiveram o conceito restrito, entendendo *praevaricator* a conduta do patrocínio infiel. Todavia, o conceito se ampliou, passando a denominar todo aquele que se torna infiel ao próprio cargo. Frise-se, porém, que o sentido restrito não desapareceu. Carrara, citado por Magalhães Noronha, definia a *prevaricazione*, dizendo praticá-la “aquele que, no exercício da profissão de advogado de uma parte, se acorda com o adversário, com o objetivo de lucro, em prejuízo do cliente”.

Com o advento dos códigos penais, alguns se mantiveram ao estrito conceito romano, enquanto outros aderiram ao sentido extensivo. No Código Francês de 1810, sob o *nomem juris* de *forfaiture*, prevaricação é qualquer ato de um funcionário público que trai os deveres do próprio cargo ou dele se serve para fins ilícitos. O Código Sardo (1859) declarava *prevaricazione* o que a lei francesa chamava *forfaiture*. O Código gregoriano identificava o crime no ato de “qualunque magistrato o impiegato che prevarica nell'esercizio delle sua attribuzioni per denaro, o altra causa turpe”. O nosso Código de 1830 entendeu de inserir no delito de prevaricação um sinal específico, qual seja, a necessidade do descumprimento ou violação do dever funcional ter por movens, na linguagem de Hungria,

a afeição, o ódio, a contemplação ou interesse pessoal (*amor, odium, obsequium, cupiditas*).

Em igual sentido foi o Código de 1890, que procurou acrescentar às modalidades da prevaricação a infidelidade ou tergiversação do advogado ou procurador judicial (de que não cuidava o Código do Império).

O atual Código, na trilha dos anteriores, embora empregando fórmula resumida, fugindo de casuísmos, continua exigindo um intuito específico por parte do funcionário público, classificando-o como crime próprio do funcionário público. Verifica-se, assim, que o legislador pátrio optou por caminhos particulares, baseado na origem histórica da figura penal.

2.2 Conceito e objetividade jurídica

Dispõe o art. 319 do Código Penal:

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

Prevaricação é, na lição de Magalhães Noronha, infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É a não realização de conduta obrigatória, através de não cumprimento, retardamento ou concretização contra a lei, com a destinação específica de atender a sentimento ou interesse próprio.

O objeto jurídico tutelado é o bom funcionamento da atividade pública, a qual não pode compactuar com o proceder do funcionário que deixa de lado seus deveres, para satisfazer seu próprio interesse. Tutela-se o interesse da administração pública.

2.3 Sujeitos do delito

Crime próprio, só pode ser praticado por funcionário público (*lato sensu*), não havendo distinção quanto a hierarquia ou

grau. A participação de terceiro não é excluída, tendo em vista as regras dos arts. 29 e 30 do CP. Realmente, a condição pessoal funcionário público é elementar subjetiva (pessoal) do crime, comunicando-se ao partícipe, desde que ele tenha conhecimento daquela condição especial do autor. Caso desconheça tal condição, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o particular poderá responder por outro crime, v.g., desobediência.

Sujeito passivo é o Estado, titular da regularidade da administração pública. Pode surgir, eventualmente, como sujeito passivo secundário, o particular atingido pela prática do ato, sofrendo dano ou perigo de dano em face da realização, omissão ou retardamento da prática do ato de ofício.

2.4 Tipo objetivo

O crime pode se apresentar sob três formas: retardar indevidamente ato de ofício, deixar indevidamente de praticá-lo, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. Nas duas primeiras modalidades, o crime é omissivo; na última, é comissivo.

Retardar é protrair, atrasar, adiar, protelar, procrastinar, delongar. Segundo Bento de Faria, "se verifica quando o funcionário não realiza o ato que tem o dever de praticar no prazo prescrito, ou, em sua falta, em tempo útil para que produza seus efeitos normais, ainda quando a demora não determine a invalidade do ato sucessivamente realizado". Não importa se o ato continua a ser praticável após a expiração do prazo, pois o crime é formal e já se consumou pela prática da conduta, independentemente do resultado.

Deixa de praticar o ato o funcionário que o omite, definitivamente, não realizando o ato devido. O *animus* é definitivo a respeito da não realização. Veja, na conduta anterior a intenção é apenas de protelar, enquanto nesta o sujeito não tem a intenção de praticar o ato.

A terceira forma de prevaricação é comissiva: consiste na prática do ato de ofício contra disposição expressa de lei. Nesta última modalidade exige-se que o ato praticado envolva a violação de mandamento legal, expresso. Exige-se, então, que a regra seja evidente, taxativa. Nesse lance, o funcionário pratica o ato, embora expresso mandamento legal em contrário.

Nas duas primeiras hipóteses, retardamento e omissão da realização do ato de ofício, deve ficar demonstrado serem indevidos os atos, constituindo assim elemento normativo do tipo. Ato indevido é o ato reprovável, não aceito pelo ordenamento jurídico, contrário ao bom desempenho do serviço público. Nessas hipóteses não se admite a tentativa, pois são crimes omissivos próprios, não obstante a posição de Zaffaroni e Pierangeli em sentido contrário, quando se referem à tentativa idônea. Trazendo à colação exemplo em relação à omissão de socorro, os renomados autores entendem que a tentativa se perfaz com o simples dolo de omitir o auxílio, desde que o agente realize uma ação diferente a da consumação do crime. Todavia, na linha dominante da doutrina, como observou Alberto da Silva Franco, citando Euclides Custódio da Silveira e Magalhães Noronha, acredito não ser possível fracionar o processo executivo do crime. Com isso, como o crime omissivo não exige a superveniência de resultado, o seu momento consumativo é o da simples abstenção. Nesse sentido, em relação ao crime de prevaricação, ou o agente atua, deixando de existir o crime, ou se omite ou retarda na prática do ato de ofício, de forma relevante para o Direito Penal, estando consumada a infração penal.

Na última conduta, comissiva, que tem como núcleo o verbo praticar, exige-se que o ato praticado envolva a violação de mandamento legal expresso, ou seja, demonstrável *prima facie*, taxativo. Ne-

cessário que a norma violada obedeça o conceito formal de lei, que segundo Michel Temer é o “ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional”, não constituindo o crime a infringência de qualquer outro ato, tais como, medida provisória, portaria ou provimento. Aliás, como tem decidido a jurisprudência, o não-cumprimento de norma flagrantemente inconstitucional também não caracteriza o crime (RT 378/310 e RT 482/326). Nessa última hipótese é admissível a tentativa.

Ato de ofício é aquele que se compreende nas atribuições próprias do cargo ou função, ou em sua competência, correspondendo assim a ato administrativo ou judicial.

Frise-se que não pode haver prevaricação se o ato praticado, omitido ou retardado refoge ao âmbito da atribuição ou competência funcional do servidor, já que o crime se caracteriza pela infidelidade na obrigação funcional e pela parcialidade no seu desempenho.

2.5 Tipo subjetivo

O primeiro é o dolo, expressado na vontade de retardar, omitir ou praticar ilegalmente o ato de ofício. É imprescindível, segundo Damásio de Jesus, que abranja o conhecimento da ilegalidade da conduta, ou seja, é preciso que o sujeito saiba que está retardando ou deixando de realizar o ato de forma indevida ou que o esteja praticando contra a lei. É-nos dado ver, com clareza, que a vontade deve abranger todos os elementos objetivos do tipo, ou seja, retardando ato de ofício, deixando de realizá-lo ou realizando-o contra a forma preconizada expressamente na lei. Como afirmou Welzel, dolo é saber e querer a realização do tipo. Vem a lume sua lição:

“En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de

tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de um delito. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana”.

É exigível também a presença do segundo elemento subjetivo do tipo, para a caracterização do delito, que é o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Então, não basta a existência do dolo, vontade livre e consciente de praticar as ações indicadas, sendo necessária a presença do elemento subjetivo do tipo expreso, segundo as palavras do eterno Celso Dalmanto, pela finalidade especial de agir, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Em verdade, a indispensabilidade do especial fim de agir faz com que ocorra ampliação do aspecto subjetivo do tipo. Contudo, o intuito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal não pertence ao dolo nem o integra, já que este se esgota na vontade e consciência de realizar a ação dirigida ao resultado. Mais uma vez, preciso é o ensinamento de Welzel: “Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción, determina frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de la acción. Así, por ejemplo, la sustracción de una cosa ajena es una actividad final, regida por el dolo. Sin embargo, su sentido ético-social será diferente, según si se ha realizado con el propósito de un uso transitorio o con intención de apropiación.

En la primera hipótesis es, en princípio, impune, y sólo se castiga en relación con determinados objetos (bicicletas, automóviles) como hurto de uso. Solamente en el segundo caso se da el desvalor ético-social específico del hurto”.

Heleno Cláudio Fragoso é didático a respeito: “O especial fim ou motivo de agir que aparece em certas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato. Trata-se, portanto, de elemento subjetivo do tipo de ilícito, que se apresenta de forma autônoma, junto ao dolo.

“Assim, por exemplo, no crime de prevaricação (art. 319, CP), o tipo configura-se objetivamente quando o agente retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício, ou o pratica contra disposição expressa de lei”. Todavia o tipo subjetivo não se esgota com a vontade conscientemente dirigida à prática de tais ações ou omissões: só haverá crime se, além disso, atuar o agente “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Interessante se verificar que em certos crimes, como disse Mirabete, a carga subjetiva da conduta é denominada de tipo subjetivo e se esgota apenas no dolo quando o tipo penal contém apenas elementos objetivos e normativos, mas, naqueles em que existem elementos subjetivos estes devem ser abrangidos. Ora, no delito de prevaricação, sem a verificação dos elementos subjetivos do tipo, não existe o crime. Qualquer entendimento em sentido contrário desrespeita o que se convencionou chamar *nullum crimen, sine lege*, ferindo diretamente a Constituição Federal, que em seu art. 5.º, XXXIX, estabelece: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tendo em vista os requisitos típicos elencados, o que tenho observado é a utilização do crime de prevaricação para repreender atos praticados por profissionais do direito que não se amoldam ao

status quo, em ofensa direta ao princípio da reserva legal, previsto como direito e garantia individual na *Lex Major*, sem esquecer o art. 1.º do CP. Com efeito, a caracterização do crime não se perfaz sem os elementos subjetivos supra mencionados e não se coaduna com a aplicação do princípio do livre convencimento, onde os profissionais decidem após sopesar as circunstâncias do caso concreto. Mas, antes de pormenorizar esse tópico, vem à baila a análise do significado das expressões interesse ou sentimento pessoal.

Interesse pessoal é um estado anímico no qual se coloca a pessoa visando suprir determinada necessidade, seja de natureza material, patrimonial ou moral. Como afirmou Magalhães Noronha, interesse “exprime uma relação psicológica entre a pessoa e um ato ou um objeto”.

Sentimento é o estado afetivo ou emocional, decorrente de afeição, simpatia, dedicação, benevolência, caridade, ódio, parcialidade, despeito, vingança, paixão política, cupidez, subserviência, covardia, prepotência, etc. Identifica-se assim como um estado no qual se coloca a pessoa, de forma que deixa de cumprir sua obrigação, deixando-se levar pelo aspecto emocional. Embora, pela própria natureza humana, torne-se difícil afastar a relação de sentimento existente em qualquer decisão, mormente proveniente de um profissional do direito, que lida diretamente com a busca da justiça, o que a lei visa reprimir é o fato de o funcionário deixar de lado seu ato de ofício, objetivando exclusivamente satisfazer seu sentimento. Lembre-se que nem mesmo o sentimento mais nobre elide a conduta do prevaricador, já que a atividade administrativa tem como característica essencial a impessoalidade, não podendo estar sujeita a sentimento de ordem pessoal. Fernando Henrique Mendes de Almeida, citado por Magalhães Noronha afirma: “Não aproveita ao prevaricador dizer

que seu procedimento atendeu a sentimento pessoal dos mais nobres e respeitáveis, tais como o religioso, o da amizade, o da apreciabilidade política, ou da solidariedade humana. Sentimentos pessoais do funcionário somente ele os deve exercitar à custa de seu patrimônio e nas coisas que disserem respeito à sua vida de cidadão, na esfera doméstica”.

3. Da denúncia

Nos termos do art. 41 do CPP a denúncia deve conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”. O art. 43, I, por sua vez, estabelece: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I — o fato narrado evidentemente não constituir crime”.

No caso de crime de prevaricação, caso a denúncia não descreva qual o sentimento ou interesse pessoal, ela deve ser rejeitada, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal. É de se ressaltar que simples menção a sentimento ou interesse não preenche os requisitos legais, sendo necessário descrever no que consistiram. Veja a jurisprudência.

“Para a configuração do crime de prevaricação, é indispensável o elemento moral, isto é, ter sido o ato praticado para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. O simples retardamento de ato de ofício, por erro ou negligência, sem propósito deliberado, sem intenção direta, poderia constituir falta de exação no cumprimento do dever funcional, acarretando responsabilidade civil ou sanção de outra natureza... No caso, a Promotoria Pública não aludiu a esse elemento integrante, essencial, da infração...” (RT 233/311).

Nessa trajetória, verificando o juiz que a denúncia não traz em seu bojo o elemento subjetivo do tipo, ela deve ser rejeitada. Com efeito, inepta é a denúncia que não menciona a descrição do elemento subjetivo, pois imprescindível a

menção dos fatos representativos do sentimento ou interesse pessoal. Geraldo Batista de Siqueira já ensinou a respeito do delito de prevaricação que: “Não é rara a inépcia, aqui. Contenta-se com a descrição, a narração dos aspectos normativos do fato típico, olvidando-se, entretanto, de que a tipicidade só se perfaz se integrado o elemento subjetivo. Porém, a satisfação desse interesse ou sentimento pessoal, integrante do tipo, não é para ficar na repetição do texto legal, mas deverá ser traduzida através de menção a fatos constantes das peças informativas”.

4. O princípio do livre convencimento dos profissionais da área jurídica

Fixados os prismas doutrinários do delito de prevaricação, vem à baila a apreciação do foco central do presente estudo: livre convencimento dos profissionais do direito.

O delito de prevaricação, como observado acima (2.4), tem três elementos objetivos do tipo. Destaca-se, em face do presente estudo, o deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. Realmente, imagine a hipótese de a autoridade policial, incumbida constitucionalmente da apuração das infrações penais (art. 144, 4.º), deixar de elaborar auto de prisão em flagrante, ou, o promotor de justiça, *dominus litis* da ação penal (art. 129, I, CF), requerendo seu arquivamento, com o juiz, determinando. Todos esses atos, decisões *lato sensu*, podem gerar inconformismo e, porque não, serem errôneos, sujeitos a modificação. Contudo, ao deixar de praticar o ato de ofício, inerente à função, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, o profissional só estará cometendo o crime em hipóteses mui excepcionais, quando estará traindo o seu próprio cargo e vilipendiando sua consciência jurídica, pois ao agir munido por sentimento ou

interesse pessoal, elementos subjetivos do tipo imprescindíveis para a caracterização do crime, estará abandonando a posição de autoridade pública. Mas só existirá o delito se presentes seus contornos legais, devendo ser respeitada a decisão proferida pelo profissional, em face do seu livre convencimento para agir.

O atuar do profissional do direito, tais como o delegado de polícia, o promotor de justiça e o juiz de direito, autoridades *lato sensu* diante da sistemática da persecução penal, pressupõe decisões, que têm como mandamento a lei. Sem dúvida, perante o Estado Democrático do Direito, a lei é o primado geral, o guia de conduta.

O agir em face do Direito Penal, a partir de um caso concreto, não se resume num mero juízo de tipicidade. Estabelece-se, na verdade, uma gama de decisões, desde a instauração do inquérito policial e o indiciamento, passando pela denúncia e seu recebimento, até a decisão final. Mas fugindo dessas decisões mais comuns, outras existem, onde o poder-dever de decidir precisa ser aplicado. Veja, v.g., a fixação da pena, com seu consectário regime inicial de cumprimento. Diante das decisões calçadas no livre convencimento, sempre com lastro na lei, não há falar no crime de prevaricação. O crime em tela pressupõe, sempre, existência de interesse ou sentimento pessoal, como elementos subjetivos do tipo (supra, 2.5). Ora, por isso, não se pode considerar *praevaricator* aquele profissional que busca a solução do caso concreto, guiado pela lei, sempre com mira na realização da justiça. Mesmo ocorrendo o descumprimento da lei, quando não se faz presente o elemento subjetivo do tipo, não existe o crime de prevaricação. Obviamente, é de ressaltar que pode ficar demonstrado o elemento subjetivo do tipo diante do mero capricho em não se atender determinada ordem, como exemplo, requerimento

visando instauração de inquérito policial, pois aí ficaria configurada a presença do sentimento pessoal. Todavia, a simples desídia, caso verificada, pode caracterizar ilícito administrativo, mas não ilícito penal.

Lembre-se que o decidir é um juízo lógico, fundado em regras de experiência, sempre de acordo com o caso *sub examine*. Exigir-se do profissional um comportamento apriorístico, matemático, é inaceitável diante do direito. O magistrado, por exemplo, ao fixar determinado regime de cumprimento da pena, o faz diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, observando a personalidade e outras características do acusado, bem como as conseqüências e dados do crime, pois foi ele quem vivenciou a persecução penal.

Pelo acima exposto, a conclusão possível é que o magistrado, exercendo sua função jurisdicional, não pratica o delito de prevaricação, salvo em hipóteses excepcionais, quando, em realidade, não estará sendo juiz, pois estará abandonando uma condição funcional objetiva, qual seja, a imparcialidade. O juiz tem por função dizer o direito no caso concreto, direito esse que não se esgota em meros enunciados objetivos, previstos em determinada lei ordinária. O ordenamento jurídico é um todo, tendo em seu cume, em uma linguagem kelseniana, a Constituição Federal. Todavia, tem se exigido do juiz, muita vez, aplicação *a priori* de determinado dispositivo legal e, quando não realizada, tem surgido a figura assustadora da prevaricação, verificada por profissionais que detêm uma posição hierarquicamente superior à do profissional sujeito do crime. Mesmo ocorrendo insatisfação com a decisão, que pode, aliás, não ser a melhor, não existe o delito ventilado. Porém, o mero pedido de apuração da conduta, na forma do art. 40 do Código de Processo Penal, mesmo tendo características administrativas, já viola o princípio da reserva legal (art. 5.º, XXXIX, CF) e fulmina a coragem ne-

cessária para o juiz, pois “o dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo” (Couture). Mas não é só.

Convém lembrar que o atual posicionamento de alguns setores da justiça criminal, *lato sensu*, e, conseqüentemente, de seus profissionais, vem sofrendo nefastas influências através do que se convencionou chamar Direito Penal do Terror. O enfoque alarmante e sensacionalista dos meios de comunicação tem provocado censura ao livre convencimento e postura retraída dos profissionais do direito, que sentindo a pressão social, acabam por se deixar influenciar pela opinião dominante. Conceder liberdade provisória no caso de um homicídio, ou regime inicial aberto no cumprimento da pena, no caso de crime patrimonial, “é ato que induz a impunidade, favorecendo a prática de crimes”. Se não bastasse o engano nessa premissa, ela é tão ideológica como os novos movimentos de defesa social, tal como o movimento pela lei e pela ordem, mencionado por Alberto Silva Franco. Como enfatizou Garcia-Pablos, citado pelo eminente autor acima, “concita-se a atenção geral e a orienta deliberadamente até a alguns objetivos atraentes; distrai e desvia aquela de outros problemas sociais, sem dúvida, prioritários, que passam a um segundo plano, projeta a agressividade e emoções coletivas sobre minorias e marginais coletivos (bodes expiatórios) com o conseqüente reforço da coesão e solidariedade social (função integradora do delito) e, sobretudo, propicia reações hostis e passionais, que darão impulso a uma política criminal rigorosa. A experiência demonstra, ademais, que a espiral do temor infundado prejudica sempre os mesmos: as classes sociais deprimidas”.

Não é outra a colocação de Hassemer: “A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios

e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de Política criminal populista, que não traz respostas aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas”.

Nessa trajetória, vale a pena mencionar que os profissionais do direito não podem se influenciar por pressões locais ou por movimentos que buscam unicamente no Direito Penal solução para os problemas de criminalidade de massa. A coragem e a vocação para o direito devem ser enfatizadas, pois não são com respostas rigorosas que resolveremos os problemas de criminalidade, muito menos exigindo uns dos outros determinadas posturas apriorísticas. Jamais é de se aplicar o crime de prevaricação como uma forma de repressão a decisões indesejáveis, mesmo que contrárias àquela determinada lei. O delito previsto no art. 319 do CP tem seus pressupostos, que não podem ser esquecidos (item 2). Opinião diversa representa ofensa à CF que sustenta, entre seus princípios, o da legalidade. Aliás, tal princípio funda-se em uma garantia em face do Estado, já que o Direito Penal, na lição de Bustos Ramirez, tem o caráter de *ultima ratio* de intervenção social, sob pena de estar acima do ordenamento jurídico. No mesmo sentido se manifestou o Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, trazendo a lição que o princípio da mínima intervenção é uma garantia constitucional implícita, decorrente do caráter fragmentário do Direito Penal e de sua natureza subsidiária. Assim, embora não elencado no rol do art. 5.º, o princípio da mínima intervenção foi acolhido pela *Lex Major*, princípio esse decorrente dos outros enunciados constitucionais. Realmente, o Estado Democrático de Direito garante a liberdade de expressão e de manifestação, elencando como premissa fundamental a garantia da dignidade humana. Nesse passo, vejamos Antonio

Luís Chaves Camargo que, após estudar sobre o moderno conceito de culpabilidade, afirmou: "É o reflexo da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito que, em respeito à dignidade da pessoa humana, se transforma na *ultima ratio* da interferência do Estado na vida privada das pessoas."

Voltando ao aspecto da livre convicção, verifico que o juiz, cumprindo o mandamento constitucional da motivação de suas decisões (art. 93, IX, CF), encontra respaldo para julgar na própria independência do Poder Judiciário, tão defendida, desde Montesquieu. Não é possível exigir-se do magistrado qualquer conduta predeterminada, sob pena de abandonar a independência do julgador, violando até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10). Lembre-se que o juiz exerce seu poder independentemente, até mesmo do Judiciário, pois em seu exercício jurisdicional não está sujeito a hierarquia.

O mesmo ocorre, v.g., se a autoridade policial, ao lhe ser apresentado um caso concreto, decide pela não elaboração do auto de prisão em flagrante, entendendo e justificando sua decisão, acolhendo versão oposta àquela trazida inicialmente. Ou do promotor de justiça, apreciando duas narrativas contraditórias nos autos de inquérito policial, decide pela não elaboração da denúncia, propondo o arquivamento do inquérito policial.

Vem a tálho que o Direito Penal não pode se esgotar em uma interpretação literal da lei, sem vínculo com a Constituição, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, voltando à posição do juiz, ele deve se valer de todo ordenamento jurídico, sem aprisionar-se à expressa disposição literal de certo enunciado, diga-se, oportunamente, sem utilizar-se de outros mecanismos, tais como o dito "Direito Alternativo", pois se é direito, não é alternativo. Nesse lanço, ao deixar de

aplicar aquela lei, de acordo com sua interpretação e convencimento, o juiz não pratica crime de prevaricação.

Claro, pois, que o juiz não é um inovador, pois ser guardião do ordenamento jurídico e aplicar a lei no caso concreto é sua função. O que não se admite, isto sim, é que a partir de uma posição que não se adapte ao *status quo*, venha ele a ser punido. Frise-se, não se está pugnando pelo desprezo à jurisprudência, fonte do direito e, sempre, um braço de apoio para o juiz. Como enfatizou o Desembargador Antonio Cezar Peluso, dirigindo uma palavra aos novos juízes empossados no 164.º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo: "Reverenciais as tradições, os costumes e a jurisprudência. É possível que muitos dos precedentes judiciais já não sirvam de orientação à sociedade de vossos dias. Mas não enjeteis *a priori*, pelo gosto da novidade, pelo prazer fútil da divergência, ou pela necessidade de auto-afirmação. Sede críticos, repensai as interpretações, experimentai a consistência dos raciocínios e a adequação às circunstâncias de cada caso, enfim não decidais nunca pelo método breve de amontoar julgados nas sentenças; fazem melhor e com mais rapidez os computadores. Não amortálheis o Direito nos sarcófagos das súmulas inconciliáveis com regras ou fatos sociais supervenientes, para que não aconteça de aprisionardes os homens no passado".

Sucede, porém, que já se ventilou pela prática do crime de prevaricação por parte do magistrado quando, mesmo fundamentadamente, fixa regime aberto no caso de crime de roubo. Contudo, a própria jurisprudência, de forma praticamente unânime, tem imposto o regime fechado inicial para o delito de roubo. O art. 33, 2.º, *b*, do CP, prescreve que o regime inicial seja o semi-aberto, pois se o réu preenche os requisitos, tem direito subjetivo público, no conceito de

Celso Delmanto, ao regime menos rigoroso. É de se perguntar assim: ao interpretar o dispositivo muitos julgados têm fixado o regime inicial fechado, sem nunca os prolatores dos acórdãos cometerem o crime de prevaricação? A resposta é simples: fundamentando suas decisões, não incidem na figura típica prevista no art. 319 do CP, pois não existe interesse ou sentimento pessoal, a não ser a busca da justiça, nem mesmo ofensa a expressa disposição de lei. Na mesma linha, se for fixado o regime aberto, para o mesmo caso, também não ocorrerá o crime de prevaricação, pois calcado no livre convencimento, fundamentando sua decisão e, dando sua interpretação aos dispositivos referentes a individualização da pena, o juiz está em típica atividade jurisdicional.

Consigne-se, além disso, que a individualização da pena é direito instrumentalizado em garantia fundamental na Magna Carta, em seu art. 5.º. Na verdade, o art. 33 do CP, não pode ser interpretado isoladamente, pois o art. 59, III, dispõe que o juiz observará as circunstâncias judiciais previstas no *caput* no momento de fixação do regime inicial no cumprimento da pena privativa de liberdade. Ora, a fixação do regime inicial aberto, embora defendida de forma minoritária, não rende ensejo a prática criminosa.

Como verificado acima, a conclusão possível é que cada juiz é livre para dar a mais adequada e justa interpretação à lei, de acordo com seu livre convencimento, numa atividade tipicamente jurisdicional, estando sua conduta amparada no próprio exercício de sua profissão. Logo, entendimento contrário, é concluir que a busca da justiça frente ao caso concreto não existe, sendo o juiz um robô na aplicação cega da lei. Aliás, se assim o for, todos os magistrados, acredito, já praticaram o crime previsto no art. 319 do CP.

5. Conclusões

1. O delito de prevaricação tem contornos devidamente estabelecidos, realçando como elementos subjetivos do tipo o sentimento ou o interesse pessoal. Ausentes, não ficará configurada a infração penal.

2. Os profissionais do direito, agindo motivadamente e decidindo diante de um caso concreto, dando sua interpretação aos fatos e à lei, não praticam o citado crime, já que suas decisões encontram fundamento na CF e em todo o ordenamento jurídico, a não ser em hipóteses excepcionais (desde que presentes os elementos subjetivos do tipo), quando estarão abandonando o próprio cargo, agindo por interesses particulares e traindo a função pública.

3. Os profissionais do direito não devem se deixar influenciar pelos atuais movimentos de defesa social, calcados em elementos ideológicos, sob pena de passarem a exigir uns dos outros determinadas posturas apriorísticas baseadas na aplicação rigorosa de sanções penais, sustentadas ficticiamente como única forma de se resolver problemas de criminalidade de massa.

4. Finalmente, o presente estudo não é dedicado à defesa de qualquer classe de profissionais, mas visa tão somente transmitir uma mensagem no sentido de se garantir a independência de todos aqueles que lidam com o direito, na qualidade de autoridades públicas, pois a função de decidir é um juízo lógico, amoldada a um caso concreto, e, quando calcada no ordenamento jurídico, não pode render ensejo a punição através do crime de prevaricação. O profissional, mesmo que não decidindo corretamente, o faz buscando o correto, o mais justo, com lastro no ordenamento jurídico. A livre convicção é pressuposto de toda carreira jurídica e, sem ela, o próprio Estado Democrático de Direito, único regime capaz de garantir a dignidade e

o respeito à pessoa humana, sofre abalos, lembrando-se que autoridade pública pressupõe a existência do Estado. Defender o princípio da legalidade é tarefa dessas autoridades, que não podem, nunca, agir sob o manto de determinados valores políticos, pois o ordenamento jurídico é a sua fonte, e, aliás, a razão de seus cargos. Agindo com base em estrita convicção jurídica e fundamentando suas decisões, as autoridades encontraram lastro para agir, na ordem jurídica vigente. Para encerrar, tenho certeza que, assim agindo, as autoridades encontrarão no Judiciário a preservação de suas condutas, pois nas palavras, agora eternas do Desembargador Cesar Peluso, citando Kant: "A razão de ser do Judiciário é a crença absoluta na supremacia da legalidade democrática, como única experiência histórica capaz de, a despeito de sua imperfeição, assegurar, no aprendizado contínuo do respeito mútuo, a dignidade e a promoção da pessoa na sua autonomia ética, isto é, considerada como fim em si mesma e, por isso, sujeito da história, que não pode ser instrumentalizado".

6. Bibliografia

- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal*, Malheiros, 1993, p. 105.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*, Sugestões Literárias, 1994, p. 137.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.^a ed., 1991, p. 483.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*, Récord Editora, 1959, v. VII, p. 110.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, 7.^a ed., 1985, p. 179.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, RT, 4.^a ed., 1993, p. 921.
- . *Crimes Hediondos*, RT, 3.^a ed., 1994, pp. 34 e ss., 76.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, Saraiva, 1988, 4.^o v., p. 144.
- HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, v. 5, p. 55.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, 1958, v. IX, p. 376.
- MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal*, Saraiva, 4.^o v., 8.^a ed., p. 274, 275, 277, 278.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, Atlas, v. I, 7.^a ed., 1993, p. 135.
- PELUSO, Antonio Cesar. Discurso proferido na posse dos juízes do 164.^o Concurso de Ingresso na Carreira da Magistratura do Estado de São Paulo.
- RAMÍREZ, Juan Bustos e LARRAURI, Elena. *La imputación objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, Colômbia, p. 25.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Prevaricação, Estrutura típica e aspectos processuais*, artigos publicados na RT 618, p. 266.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, Malheiros, 9.^a ed., 1992, p. 125.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 2.^a ed. castelhana, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 95.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Da Tentativa*, RT, 3.^a ed., 1992, p. 126.