

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 anos

ALBERTO SILVA FRANCO E GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Organizadores

DOCTRINAS ESSENCIAIS

DIREITO PENAL

Volume VI

PARTE ESPECIAL II

- CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
- CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA • CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL • CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS • CRIMES CONTRA A FAMÍLIA • CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

© desta edição [2011]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO
Diretor responsável

Rua do Bosque, 820 - Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 - Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Impresso na Argentina [10-2010]

Profissional



ISBN 978-85-203-3786-8
ISBN da Coleção 978-85-203-3794-3

REQUISITOS TÍPICOS DO CRIME DE PREVARICAÇÃO E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

MARIO SERGIO LEITE

Especialista em Direito Penal pela USP e Juiz de Direito em São Roque-SP.

Revista dos Tribunais • RT 760/1999 • fev./1999

Ele poderia muito bem ter pedido clemência. E poderia ter salvo sua vida se concordasse em deixar Atenas. Mas se tivesse feito isto, não teria sido Sócrates. O ponto é que considerava sua própria consciência - e a verdade - mais importante do que sua vida. Sócrates afirmou o tempo todo que tudo o que fizera fora para o bem do Estado. Não adiantou. Pouco depois, na presença de seus amigos mais íntimos, bebeu um cálice de cicuta.
(Jostein Gaarder)

SUMÁRIO: 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. A independência judicial.

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, já causou perplexidade aos Juízes e a todos que clamam pela independência judicial. Com efeito, não são tão raros pedidos de providências, com base no delito em tela, contra Juízes de direito. O fundamento dos pedidos de providência são sempre a não observância a determinada lei.

Impende salientar, desde já, que os pedidos de apuração das condutas partem sempre de Juízes de instâncias elevadas e 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.

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. Nunca se clamou tanto, no período contemporâneo, pela independência judicial, seja em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, seja em relação ao próprio Judiciário. É esse o objetivo desse estudo, que partirá da própria análise do crime de prevaricação, para depois tecer comentários a respeito da atividade dos magistrados, quando agem através do que se convencionou chamar independência judicial.

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: "*Praevanicator 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, se pactuava fraudulentamente com a parte contrária, levado, em regra, pela ambição ou interesse próprio. Naquela, 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. Fricasse-se, porém, que o sentido restrito não desapareceu. Carrara, citado por Magalhães Noronha,¹ 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

1. NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 8. ed. São Paulo : Saraiva. v. 4, p. 274.

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 magistrado 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,² 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. 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 CP:

"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,³ 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

2. HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal*. Edição Forense, 1958. v. IX, p. 376.

3. NORONHA, Magalhães. *Op. cit.*, p. 275.

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,⁴ “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 da prevaricação é comissiva: consiste na *prática de 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

4. DE FARIA, Bento. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Record, 1959. v. VII, p. 110.

reprovável, não aceito pelo ordenamento jurídico, contrário ao bom desempenho do serviço público. Nestes casos não se admite a tentativa, pois são crimes omissivos próprios, não obstante a posição de Zaffaroni e Pierangeli⁵ 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,⁶ 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. Necessário que a norma violada obedeça o conceito formal de lei, que segundo Michel Temer⁷ 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.

5. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *et alli. Da tentativa*. 3. ed. São Paulo : Ed. RT, 1992. p. 126.
6. FRANCO, Alberto Silva *et alli. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo : Ed. RT, 1993. p. 921.
7. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 125.

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,⁸ 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,⁹ 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 expresso, segundo as palavras do eterno Celso Delmanto,¹⁰ 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:¹¹

“Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo apa-

8. DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1988. 4.º v., p. 144.

9. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 2. ed. Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 95.

10. DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1991. p. 483.

11. WELZEL, Hans. Op. cit.

recen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen 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 primeira hipótesis es, en principio, 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”.

Helena Cláudio Fragoso¹² 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,¹³ 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 deve abranger estes. 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”.

A caracterização do delito *in tela*, face ao princípio da reserva legal, previsto como direito e garantia individual na *Lex Major*, sem esque-

12. FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. p. 179.

13. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 1993. v. 1, p. 135.

cer o art. 1.º do CP, depende da efetiva presença dos elementos subjetivos. Com efeito, a ocorrência do crime de prevaricação não se perfaz sem os elementos subjetivos supramencionados e não se coaduna com a aplicação do princípio do livre convencimento. Consigne-se, desde já, que não se concebe em um Estado Democrático de Direito sequer perquirir-se a respeito do crime de prevaricação por parte do Juiz, por simples descumprimento de lei expressa, diante da concepção constitucional da independência judicial, pois, como afirmou, Requejo Pagés, “confia-se no Juiz para que seja ele quem decida qual norma e de que modo deve ser aplicada, sem que possam produzir-se ingerências desde outras sedes, razão pela qual se priva de relevância jurídica todo tipo de ordem ou requerimento destinado a impor ao Juiz um determinado critério”.¹⁴ 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,¹⁵ interesse “expressa 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 Juiz de 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 de 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,¹⁶ 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 hu-

14. PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 164.

15. NORONHA, Magalhães. Op. cit., p. 277.

16. NORONHA, Magalhães. Op. cit., p. 278.

mana. 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. A independência judicial

Fixados os prismas doutrinários do delito de prevaricação, vem à baila a apreciação do foco central do presente estudo: a independência judicial.

O delito de prevaricação, como observado acima (2.4), tem três elementos objetivos do tipo. Destaca-se, face ao presente estudo, o deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei. Imagine a hipótese de o Juiz deixar de fixar o regime fechado para réu reincidente ou deixar de mandar apurar crime de que teve conhecimento. Todos esses atos, decisões *lato sensu*, podem gerar inconformismo e, por que não, ser 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 Magistrado 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.

É bom frisar ainda que a não observância de regra expressa da lei, muitas vezes, decorre da própria interpretação do ordenamento jurídico, até porque o Juiz deve partir da análise da Constituição para interpretar a lei. De qualquer forma, só há falar em prevaricação se presentes seus contornos típicos, devendo ser respeitada a decisão proferida pelo Magistrado, diante da independência judicial.

A função judicial não se esgota em um mero juízo automático de pura subsunção do fato à norma; do contraste dos fatos com o ordenamento jurídico, tomando-se como pedra-de-toque a Lei Máxima, é que se constrói uma decisão. Exigir do Magistrado um comportamento apriorístico, matemático, meramente positivista-legalista, é inaceitável diante do Estado Democrático de Direito.¹⁷

17. Partindo do modelo constitucionalista de atuação judicial, preconizando aí o afastamento do modelo técnico-legalista, Luiz Flávio Gomes ensina: “Uma das afirmações mais reiteradas pelos positivistas-legalistas extremados, como já vimos, consiste no seguinte: *o Juiz não é legislador*. Efetivamente não é legislador, mas tampouco cabe ser-lhe exclusiva e servilisticamente seu porta-voz (*la bouche de la loi*). O mal mais terrível do positivismo-legalista não está tanto na pregação da

É por isso 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 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, visualizada por Juízes de instância superior.¹⁸ 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 CPP, mesmo tendo características administrativas, já viola o princípio da reserva legal (art. 5.º, XXXIX, CF) e fulmina a coragem necessária para o Juiz, pois “o dia em que os Juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo” (Couture). Mas não é só.

O Magistrado, 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 do Magistrado qualquer conduta predeterminada, sob pena de abandonar a independência do julgador, violando até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10). O Juiz exerce seu poder independentemente, até mesmo do Judiciário, pois em seu exercício jurisdicional não está sujeito a hierarquia.¹⁹

neutralidade *política* do Juiz (que não existe), senão na sua neutralidade *ética* (v. Tércio Sampaio Ferraz Jr., em *Revista USP*, p. 15). A perda da sensibilidade ética é que transforma o Juiz em autômato aplicador da *lei*, sem nenhuma consideração com o valor *justiça* que deve nortear suas decisões. Transmuda-o, em síntese, num eunuco ético (*A dimensão da magistratura*. São Paulo : Ed. RT, 1997. p. 160).

18. Em estudo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (ano 3, n. 12, out.-dez. 1995) frisei que a Justiça Criminal, em um conceito *lato*, vinha sofrendo influência do que se convencionou chamar Direito Penal do Terror, provocando censura e postura retraída dos profissionais do direito. Já na ocasião, defendendo a independência do Juiz, lembrei que a coragem e a vocação para o direito devem ser enfatizadas, pois não são com respostas rigorosas que resolveremos problemas de criminalidade, muito menos exigindo uns dos outros determinadas posturas apriorísticas. Agora que as nuvens (reformas constitucionais apenas no interesse político, súmulas vinculantes, controle externo) sobre a independência judicial aumentaram o enfoque desse estudo é eminentemente a independência do Magistrado na atividade jurisdicional.
19. Criticando a agora pensada súmula vinculante (a meu ver outra forma de cerceamento da independência judicial), Luiz Flávio Gomes manifesta-se pelo

Vem a talho que o Direito 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. Em realidade, o Juiz deve se valer de todo o 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", por ausência completa de parâmetros. Nesse lanço, ao deixar de aplicar determinada lei, de acordo com sua interpretação e convencimento, o Juiz não pratica crime de prevaricação.

Sucedo, porém, que já se ventilou a prática do crime de prevaricação por parte do Magistrado quando, mesmo fundamentadamente, fixa regime aberto no caso de crime de roubo. Em acórdão da 2.^a Câm. do TA-CrimSP, no julgamento da Ap 626.257/1, da comarca de São Paulo, em 06.08.1992, constou que um Magistrado de primeira instância aplicou aos acusados penas de cinco anos e quatro meses de reclusão a serem cumpridos em regime aberto. Cassada em parte a decisão e fixando o regime inicial semi-aberto, houve remessa de peças à Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de apurar a conduta do Magistrado *a quo* com base no delito de prevaricação.

A decisão superior, em determinar a apuração da conduta do Magistrado, laborou em dois equívocos: um, que não foram observados os requisitos do crime de prevaricação, já que não se ventilou, sob qualquer prisma, a existência do elemento subjetivo do tipo - o interesse pessoal; dois, que não se ateu a garantia de independência judicial externada pela decisão do Juiz de primeiro grau.

A independência do Juiz, verdadeira independência funcional objetiva, pré-requisito mesmo da imparcialidade - só é imparcial quem é independente - é instrumento do Estado Democrático de Direito para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. E essa independência judicial existe também para preservar o Juiz de toda e qualquer forma de ingerência, até mesmo dentro da instituição. Aliás, no Seminário Internacional sobre a Independência Judicial na América Latina concluiu-se que "os Juízes e tribunais gozem de um estatuto de verdadeira independência dentro da própria organização judicial, que situe sua atividade jurisdicional a salvo de interferências hierárquicas e administrativas".²⁰

não cabimento do controle interno, forma de impor decisões aos Juízes de primeira instância, sob pena de haver "um atentado inqualificável contra a independência judicial, caso se castrasse o Juiz na sua função de julgar livremente a causa..." (Op. cit., p. 192).

20. *Centro Cultural General San Martín*. Buenos Aires, 1991. p. 198.

Interessante é que muitas decisões judiciais, de forma praticamente unânime, tem imposto o regime fechado inicial para o delito de roubo.²¹ O art. 33, 2.º, *b*, do CP, prescreve que o regime inicial seja o semi-aberto quando a pena não ultrapasse oito anos, pois se o réu preenche os requisitos tem direito subjetivo público ao regime menos rigoroso. É de se perguntar assim: será que os prolatores dos acórdãos não cometem 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, já que calcado no livre convencimento; fundamentando sua decisão e dando sua interpretação aos dispositivos referentes à individualização da pena, o Juiz está em típica atividade jurisdicional.²²

Consigne-se, além disso, que a individualização da pena é direito instrumentalizado em garantia fundamental na Magna Carta, em seu art. 5.º. O art. 33 do CP deve assim ser pensado em face da nova ordem constitucional²³ e, além disso, não pode ser interpretado isoladamente frente

21. TJSP (Ap 167.440-3; 193.145-3); RT 697/313 e 692/295; RJDTACRIM 10/119, 16/141 e 145, 18/112.

22. Mas não é a primeira vez que um Juiz vê tolhida sua independência. O Min. Evandro Lins e Silva (*Jornal do Brasil*, 16.06.1996, p. 9) relatou fato ocorrido em 1896, quando o Juiz Alcides de Mendonça Lima foi processado pelo crime de prevaricação (*Magistrado delinqüente e faccioso*) por ordem do Governador. O Juiz, condenado, acabou nove meses fora do cargo. Rui Barbosa recorreu ao STF e sustentou a existência de um *novum crimen*, o “crime de hermenêutica”. Defendeu a “autonomia intelectual do Juiz” para que não seja “um espelho inerte dos Tribunais”; “um parecer subalterno pode ter razão contra julgados supremos; um voto individual contra muitos”; quando se constata um equívoco numa sentença, “se além de sua reforma procede-se contra o Juiz, uma jurisprudência tal negaria à consciência do Juiz singular os direitos que reconhecesse, no seu próprio seio, a todos os seus membros”. O Juiz acabou sendo absolvido, mais pelo episódio. E agora diante dos novos instrumentos de controle (súmulas vinculantes, inclusive com previsão de crime de responsabilidade - Emenda Jairo Carneiro -, controle externo), afirmou o Min. Evandro Lins e Silva: “revela que a tentativa de submeter os Juízes à obediência, à submissão às decisões dos tribunais superiores não é nova. Vem de longe, é um resíduo castilhistas dos começos da República”.

23. Muitos Juízes têm defendido a tese do modelo constitucionalista de atuação judicial a fim de se conter os abusos dos que detêm o poder de legislar (Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 150 *et seq.*). A respeito, uma das conclusões do Seminário de Juízes realizado em Buenos Aires (1991): “Os Juízes devem utilizar todas as

ao próprio Código Penal. Veja, 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. Assim, a fixação do regime inicial aberto em pena superior a quatro anos, embora defendida de forma minoritária, não rende ensejo a prática criminosa.

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 for, todos os Magistrados, acredito, já praticaram o crime previsto no art. 319 do CP.

possibilidades que subministram as constituições e os tratados internacionais para aplicá-los com preferência às leis ordinárias que em tantas ocasiões resultam conflitivas com aqueles, superando assim o legalismo-positivista e a concepção de julgar como uma tarefa asséptica e neutra descomprometida com a realidade social". No Brasil, aliás, esse abuso do poder de legislar é claro: tivemos recentemente a Lei de Crimes Hediondos, aprovada às pressas depois do seqüestro de um grande empresário. A mesma Lei também passou a prever o homicídio qualificado no seu rol taxativo depois que uma atriz global foi vítima de homicídio. Condutas típicas definindo crimes eleitorais são previstas a cada eleição no interesse do grupo político dominante. Parece que ainda não esquecemos nosso passado de legislar em interesse próprio, bastando para isso lembrar da Lei Fleury.