



OUTUBRO 2001

DOCTRINA

OS EFEITOS DOS RECURSOS

Cândido Rangel Dinamarco

“Alerta para a complexidade do tema”

A efetividade do processo nas ações contra a Fazenda Pública

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

*“O agente público que deixa de cumprir determinação judicial
comete crime de prevaricação na modalidade omissiva”*

Da obrigatoriedade da intimação da sentença à vítima não habilitada nos autos de ação penal pública

Edgard Fernando Barbosa

“ Proposta de modificação do art. 391 do CPP”

JURISPRUDÊNCIA (Acórdãos na Íntegra)

Destaques

- Examinando texto de convenção coletiva, afirma o STF: “A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova.
- A separação de fato, quando se prolonga no tempo, produz efeitos também sobre o regime de bens. Assim vem decidindo o STJ.
- Em tema polêmico, considera a Justiça mineira cabível a ação monitória contra pessoa jurídica de direito público.
- Repisa a Justiça paranaense: não pode o juiz aplicar lei nova a negócio jurídico aperfeiçoado sob o império de lei anterior.
- Justiça carioca decide a questão tormentosa do teto remuneratório no Estado.
- Justiça paulista proclama a possibilidade de impetração de mandado de segurança via e-mail.

A EFETIVIDADE DO PROCESSO NAS AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS
Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro

Embora possa parecer paradoxal, o estímulo, para tratar do tema, teve como origem o reconhecimento, de que numerosos comandos judiciais malogram, não se implementam.

Precatórios, regularmente expedidos, não são liquidados no prazo constitucional; pensões de viúvas e menores e parcos proventos de servidores não são revistos ou restabelecidos, a despeito da coisa julgada ou de decisões interlocutórias preclusas; gratificações de servidores, indevidamente suprimidas e cuja redução afeta o orçamento familiar daqueles, deixam de ser restauradas, conquanto decisões judiciais inimpugnadas as restabeleçam; medicamentos a doentes não são entregues, embora decisões judiciais os assegurem: isso compromete a paz social que se restaura pela composição do conflito de interesses.

É inadiável a reação dos juízes contra essa “desobediência”, que nada tem de cívica, sob pena de afundamento do Poder Judiciário e, quiçá, comprometimento do Estado Democrático de Direito.

O tema é mais tormentoso que a inescondível lentidão do Poder Judiciário, pois a transcende. De fato, em certas situações, após a demorada solução da demanda, a parte vitoriosa defronta-se com dois absurdos: o primeiro, já ocorrido, de ter aguardado, pacientemente, a demorada tutela jurisdicional e, após, dar-se conta que a prestação jurisdicional tardia, que se prolongou no tempo, mais do que devia, não se concretizou.

A situação merece exame acurado por parte dos juízes e resposta severa. A resposta, a que me refiro, não se restringe a ações enérgicas do Poder Judiciário contra autoridades do Poder Executivo, senão também à interpretação mais exigente da lei e dos institutos, postos à sua disposição, para efetivar aquilo que decidiu, determinou e não se concretizou.

Algumas atitudes de resistência do Poder Executivo, em relação a decisões do Poder Judiciário, a par do desprezo ao artigo 2º da Lei Fundamental, que assegura a independência e o respeito recíproco entre os poderes, afronta a dignidade da pessoa humana (do jurisdicionado), a qual, de acordo com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Conforme assinala Miguel Reale, “a pessoa é o valor fonte de todos os valores” (Paradigmas da Cultura Contemporânea, 1996, Saraiva, p. 31).

Dissertando sobre a dignidade da pessoa, Celso Ribeiro Bastos ensina que “embora a dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, o de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo “dignidade da pessoa” visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia a dia de nosso País” (Curso de Direito Constitucional, 18ª ed., 1997, Saraiva, pp. 158/159).

O fator econômico antes mencionado e a proposta do trabalho não pretendem criar expedientes jurídicos, que assegurem pensões e proventos de valores absurdos e estratosféricos, com base em argumentos, hipoteticamente constitucionais, de que, como inexistente teto fixado, tudo é permitido. Antes

de mais nada, a finalidade e o compromisso da discussão são, eminentemente, éticos.

Mas é inadmissível não haver firme reação de propósitos contra esse desrespeito, cujo maior prejudicado é o jurisdicionado e que o agride na sua dignidade, reduzindo-se, por vezes, a remuneração de servidor probo e a pensão de dependente a valores irrisórios, que os impedem de viver de forma condigna e, em outros casos, pessoa enferma é tratada de forma indigna, ao ser-lhe negado medicamento, muitas vezes imprescindível para sua vida.

O Código de Processo Civil, no artigo 461, § 5º, estabelece importante regra, na qual o juiz pode servir-se para dar efetivo cumprimento a seu comando, emanado de tutela antecipada em ação de conhecimento ou de liminar deferida em mandado de segurança, como também de sentença de mérito de conteúdo mandamental ou fundada no artigo 461, do mesmo diploma.

Recordando o que foi posto, é fundamental interpretação mais rígida das conseqüências, a serem extraídas da norma, face ao interesse juridicamente protegido (a dignidade da pessoa humana) e a própria preservação do Poder Judiciário contra os desmandos do Poder Executivo.

O artigo 461 do Código de Processo Civil trata da tutela antecipada relativa às obrigações de fazer e de não fazer. O seu parágrafo quinto estatui que, para a efetivação da tutela, poderá o juiz “determinar as medidas necessárias tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Estas providências, que Cândido Dinamarco designa de medidas de apoio, são “de resguardo à eficácia das decisões judiciais” (A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., Malheiros Editores, p. 159). Do termo, tais como, colhe-se a conclusão de que o elenco de alternativas é exemplificativo (neste sentido Sergio Bermudes, *in* A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., 1996, Saraiva, p. 66).

A solução legislativa é elástica e permite a decantada criação judicial do direito. Esta concede ao juiz a oportunidade de proceder a um aperfeiçoamento do sentido da lei, sem que com isso a esteja descumprindo, mas, apenas, a interpretando e integrando as lacunas que são inevitáveis em qualquer dispositivo legal.

Afinal, toda interpretação, até certo ponto, cria direito.

Discorrendo sobre o desenvolvimento judicial do Direito, segundo princípios ético-jurídicos, Karl Larenz esclarece que estes princípios “são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões jurídicas” (Metodologia da Ciência do Direito, 3ª ed., 1997, Tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 599). Acrescenta o saudoso jurista alemão que ele ocorre “sempre que um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei” (ob. citada, mesma página).

Segundo Josef Esser, o princípio surge “no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso paradigmático” (cf. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4ª ed., 1990, p. 53).

O precedente é o reiterado descumprimento de decisões pelo Poder Executivo, o que tem gerado sérios danos a jurisdicionados e grave descrédito do Poder Judiciário.

Karl Larenz leciona que “a vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi no entanto modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e ao **Direito**. Com isso, recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito se identificam facticamente, mas não sempre e necessariamente. **O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas**. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de Direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme à Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita; achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência” (ob. citada, ps. 522/523).

Lord Radcliffe já advertia que “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo”.

A própria lei incita e encoraja o juiz a criar o direito, ao prescrever no artigo 468 do diploma processual que a sentença tem força de lei nos limites da lide.

Volvendo à questão principal, o artigo 461 § 5º do Código previu, de forma exemplificativa, medidas que servem de esteio para que o juiz consiga implementar a regra judicial. Além de não serem *numerus clausus* as alternativas, a disposição é elástica, de molde a propiciar a criatividade de cada magistrado e a discricionariedade na escolha da medida.

Interessam ao tema, tendo em vista o escopo do trabalho (retorno ao *statu quo ante* da situação patrimonial de servidores e pensionistas e entrega de medicamentos a pessoas enfermas e hipossuficientes), duas medidas previstas pela norma: requisição de força policial e busca e apreensão.

Sem pretender ser enfadonho, insista-se mais uma vez: o elenco de medidas não é exaustivo.

Cuide-se primeiro da requisição de força policial. É, praticamente, inevitável, em ações policiais, ocorrerem detenções. Há sempre os descontentes que resistem ou desobedecem a ordem e, não é raro, o desacato a agentes públicos, culminando em prisões.

Quando a desobediência ou a resistência a uma ordem judicial é de funcionário público, o crime é de prevaricação (artigo 319 do Código Penal), de vez que a autoridade administrativa deixa, indevidamente, de praticar ato de ofício. Não se trata de desobediência. O desobediente é o particular ou o funcionário público sem atribuição para a prática do ato.

O entendimento é antigo e reiterado. Há mais de 40 anos, Nelson Hungria já havia enfrentado a 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? Seria o crime de desobediência (artigo 330) ou o de prevaricação? O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular (ou por funcionários *extra officium* ou entre cujos deveres funcionais não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na ordem 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 ordem judicial)” (Comentários ao Código Penal, vol. IX, artigos 250 a 361, 2ª ed., 1959, Forense, Rio, p. 379).

Esta forma de pensar é, também, expressada por Magalhães Noronha: “desobediente, em face da classificação do Código, só o pode ser o particular, ou o funcionário, quando não age com essa qualidade, ou, noutros termos, quando não faz parte de suas atribuições o cumprimento da ordem” (Direito Penal, 4º vol., 3ª ed., 1968, Saraiva, SP, p. 319).

Por outro lado, é irrelevante a nobreza ou a torpeza do sentimento pessoal aludido na descrição da figura típica. Realmente, Fernando Mendes de Almeida leciona que “não aproveita ao prevaricador dizer que seu procedimento atendeu a sentimento pessoal dos mais nobres e respeitáveis, tais como o religioso, o de amizade, **o da apreciabilidade política**” (Dos Crimes contra a Administração Pública, 1955, p. 97).

A prevaricação, sob a forma omissiva, é crime permanente. A fase de consumação prolonga-se no tempo, enquanto o ato de ofício não é praticado, isto é, até o cumprimento da decisão judicial.

De acordo com o artigo 303 do Código de Processo Penal, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Isto quer dizer que neste período de tempo de consumação do crime o prevaricador pode ser preso em flagrante. Crime em flagrante é o que está sendo perpetrado.

Discorrendo sobre os fundamentos políticos da prisão em flagrante, Hélio Tornaghi mostra que “a verdade é que a prisão em flagrante tem a seu favor o consenso universal e responde não ao desejo de represália, mas ao impulso do homem de bem, em prol da segurança e da ordem” (Instituições de Processo Penal, vol. 3º, 2ª ed., 1978, Saraiva, p. 261).

Segundo Espínola Filho “nos casos de delito permanente, se observa uma continuidade querida da ação antijurídica, mantendo vivo um estado em contraste perene com a ordem moral e política” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. 3º, 1942, Freitas Bastos, SP, p. 279).

Por todas essas razões é que o crime permanente permite a prisão em flagrante, mesmo muito tempo após o início do momento consumativo, desde que a consumação não tenha, ainda, se exaurido. Sendo, na modalidade omissiva, o crime de prevaricação, permanente, sujeita o infrator à prisão em flagrante, enquanto não cessar a permanência.

Ainda que seja de um ano a pena máxima do delito de prevaricação, não se beneficia o agente do disposto nos artigos 61 e 69 da Lei nº 9.099/95, isto é, do procedimento dos Juizados Especiais que prevê, em substituição à prisão em flagrante, a lavratura de termo circunstanciado (artigo 69 da Lei), uma vez que o artigo 61, *in fine*, da mesma Lei exclui do tratamento legal os procedimentos especiais, dentre os quais os crimes cometidos por funcionários públicos.

Damásio de Jesus assevera que “não se submetem à competência dos Juizados Especiais Criminais as infrações que têm procedimento especial, i.e., as que apresentam no rito princípios e regras especiais, incompatíveis com o rito estabelecido na Lei nº 9.099/95. É o caso, p. ex., de ação penal por crime contra funcionário público, que possui a fase de defesa preliminar anterior ao recebimento da denúncia”

(Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 3ª ed., 1996, Saraiva, p. 61).

Adite-se, ainda, que os agentes que descumprem decisões judiciais, normalmente, ocupam cargo em comissão, o que faz incidir a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 327, § 2º do Código Penal e que eleva a pena máxima para mais de um ano, ficando afastada, também, por esta razão, a incidência do procedimento dos Juizados Especiais Criminais, já que a infração deixa de ser considerada como de menor potencial ofensivo, cujo parâmetro máximo é um ano, sujeitando-se à Justiça Comum.

Damásio de Jesus adverte que as causas de aumento de pena “devem ser levadas em conta para eventualmente afastar a competência do Juizado Especial Criminal, estejam previstas na Parte Geral ou Especial do CP ou na legislação especial” (ob. citada, pp.40 e 410). Também neste sentido Julio Fabrini Mirabete (cf. Juizados Especiais Criminais, 2ª ed., 1997, Atlas, SP, p. 32) e o Ministro Luiz Vicente Cernicharo, em conferência pronunciada em São Paulo, no dia 29-11-95, no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Deste entendimento não discrepa a jurisprudência do Pretório Excelso (cf. HC 74234/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 13-12-96 e HC 78876/MG, Rel. Ministro Mauricio Correa, DJ de 28-5-99) e do Superior Tribunal de Justiça (cf. REsp. 205738/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14-8-2000 e RHC 7717/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19-10-98).

No tratamento, incluem-se as autarquias. Não colhe o argumento de que as autarquias não são mencionadas no artigo 327, § 2º do Código Penal e a elas, por conseguinte, não se aplica esta norma. A autarquia, embora não integre a administração direta, por prestar serviço descentralizado por outorga, é, na lição de Hely Lopes Meirelles, “pessoa jurídica de Direito Público, com função pública própria e típica, outorgada pelo estado” (Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., 1997, Malheiros Editores, p. 311). Ora, a disposição alude à sociedade de economia mista que, como se sabe, são pessoas jurídicas de direito privado e prestam, igualmente, serviço descentralizado. Sendo pessoa jurídica de direito público a autarquia, da mesma forma que a União, os Estados e os Municípios, obviamente, está inserida no contexto do § 2º do artigo 327 do Cód. Penal. A *ratio* da norma induz a esta conclusão.

Damásio de Jesus, amparado em Frederico Marques, leciona que “toda a interpretação é declarativa. Se gramaticalmente o texto ora se estende ou se restringe em virtude de interpretação sistemática guiada pela teleologia da norma do ponto de vista jurídico há sempre a delimitação exata dos imperativos cristalizados nas proposições formuladas pelo legislador. Daí ter dito Vicente Ráo o seguinte: “o intérprete não altera o preceito para ampliá-lo, ou restringi-lo, além ou aquém de seu conteúdo real; apenas amplia ou restringe seu significado aparente, que se revela insuficiente ou excessivo em relação ao pensamento fiel da disposição. Se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente” (Direito Penal, 1º vol., Parte Geral, 10ª ed., 1985, Saraiva, pp. 35 e 36).

Excluir, pois, a autarquia, que é pessoa jurídica de direito público, do tratamento dado pela regra, que cuida do conceito de funcionário público, quando nele incidem servidores de pessoas jurídicas de direito privado (empresa pública e sociedade de economia mista), constitui rematado absurdo, valendo salientar que a hermenêutica proíbe conclusões interpretativas que conduzam ao absurdo.

Por esses fundamentos, o crime de prevaricação escapa da incidência do procedimento especial dos Juizados Especiais e sujeita-se às normas de direito comum. Isto significa que não é o termo circunstanciado (artigo 69 da Lei nº 9.099/95) que aguarda o prevaricador, mas a prisão em flagrante. E enquanto a decisão não for cumprida, permanece a situação de flagrância, pois o crime, ainda, estará no momento consumativo e, via de consequência, não poderá o agente prestar fiança.

Realizada a prisão em flagrante do prevaricador, a autoridade policial não poderá arbitrar a fiança, enquanto a decisão judicial não for cumprida, devendo o agente permanecer confinado, já que o crime prossegue em fase de consumação. Para não se sujeitar a esta degradante e vexatória situação, a autoridade administrativa, intimada pessoalmente, deverá agir, de forma diligente, para dar efetivo cumprimento ao comando judicial, sob pena de ser encarcerada e de permanecer na prisão até cessar a sua teimosia.

Nesta altura, o leitor já supõe qual será a proposição: não é passível de hesitação, é assente, que a prisão em flagrante constitua um sucedâneo da requisição de força policial, quando esta não for suficiente para fazer cumprir determinado comando judicial. Por outras palavras, encontra-se compreendida entre as medidas de apoio, estabelecidas pelo artigo 461, § 5º do estatuto processual civil, a prisão em flagrante por crime de prevaricação de servidor público que descumpra decisão judicial nas hipóteses inseridas na disposição.

Poderá opor-se que se trata de prisão por dívida civil, fora dos casos previstos pela Constituição Federal. Há de se proceder a distinção entre o direito negado à parte, no plano material e no plano processual, isto é, em que a outra parte resiste e deixa de atender ao interesse, que deve prevalecer, da primeira e aquele mesmo direito reconhecido por decisão judicial, a que a parte infratora resiste. A diferença entre os fatos é substancial: na primeira hipótese é o poder da parte, inerente a seu direito subjetivo, que está sendo violado; na segunda afronta-se decisão judicial. No primeiro caso, cuida-se de lesão a interesse privado do titular do direito material; no segundo o interesse é público, pois diz respeito ao livre exercício do Poder Judiciário, o cumprimento de suas decisões e a dignidade da justiça. A solução, para a parte que teve seu direito violado, é o exercício do direito de ação. O meio, para o Poder Judiciário remover o obstáculo, é determinar a prisão em flagrante do infrator. Não se trata de garantir o direito da parte, mas de assegurar o prestígio do Poder Judiciário, obviamente, a serviço da sociedade e, imediatamente, do jurisdicionado.

Parece radical a conclusão, mas ela se justifica ante a falta de cerimônia de certas autoridades do Poder Executivo, em descumprir decisões judiciais, através de falsos quixotismos, sendo imperiosa a manutenção da ordem e do Estado Democrático de Direito. A medida, além de necessária, é proporcional, já que o Poder Judiciário não pode proceder a atos de constrição sobre bens do poder público. A apreensão de numerário, v.g., de crédito decorrente de dívida ativa, para restabelecer o *statu quo ante*, se põe contra a regra constitucional de que o pagamento se faça por precatório. Não tendo a chave do cofre, nem podendo realizar atos constritivos, não sobra outra opção ao Judiciário, senão partir para esta medida, visto como o juiz não pode cruzar os braços e assistir, passivamente, sua decisão ser descumprida, mormente quando a doutrina vem recomendando, chegando até a exortar, o ativismo judicial.

Ressalte-se não haver substancial diferença entre a prisão em flagrante e a requisição de força policial. Extremam-se, apenas, pela intensidade da providência adotada.

Distinguindo a analogia da interpretação, Carnelutti ensina que “esta interpretação serve para conhecer o que o legislador pensou, aquela para conhecer o que ele teria pensado” (Teoria Geral do Direito, 2000, Lejus, p. 189). Trata-se de interpretação extensiva, em que os termos são o *minus dictum* e o *magis cogitatum*.

O caráter exemplificativo do texto reforça a conclusão exegética, de que a prisão em flagrante é medida substitutiva da requisição de força policial, quando esta não for bastante para atendimento ao comando judicial. Passa ela a ter conotação dúplice, ou seja, é medida coercitiva e, simultaneamente, deflagra a persecução penal face à perpetração do delito. De fato, é muito improvável a não efetivação do que foi ordenado, sendo a autoridade administrativa presa e ficando obrigada a permanecer na prisão, sem poder prestar fiança, caso não cumpra a decisão. Como já foi exposto, o delito de prevaricação é permanente. Enquanto o ato de ofício não é praticado, o crime permanece em fase de consumação e o infrator não pode se livrar solto com o pagamento da fiança. Terá de ficar confinado até cumprir o comando. E convenha-se: não há solidariedade política ao superior e aulicismo extremado que resistam a uma prisão, especialmente, quando ela tende a se prolongar.

Desta forma, é muito difícil o não cumprimento do mandado, razão porque a medida é profilática, conquanto forte, além de necessária para que ela se efetive. E mais do que isso: ajusta-se como luva ao artigo 461, § 5º do diploma processual.

Da medida, aplicável a qualquer servidor, só nela não se insere, o Governador do Estado, porque detém a imunidade constitucional de só poder ser preso após sentença condenatória (artigo 147, § 3º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), em simetria ao artigo 86, § 3º da Lei Fundamental, que assegura a mesma prerrogativa ao Presidente da República.

Certamente, aí, nesta imunidade, encontra-se o fundamento de algumas bazófilias, pois não existem bravateiros, salvo os incautos, sem a prévia ciência, de que dispõem de forte escudo de proteção. Mas as demais autoridades administrativas não são titulares deste tratamento constitucional e sujeitam-se à prisão e a permanecerem encarceradas até o cumprimento da decisão judicial.

Outra questão a ser tratada, é a relativa às decisões que determinam a entrega de medicamentos a hipossuficientes que padeçam de graves enfermidades, as quais, não raro, igualmente, são descumpridas e cujas conseqüências são mais funestas, uma vez que, às vezes, a vida do demandante depende daquele remédio.

Reflexo do postulado da dignidade da pessoa humana encontra-se no artigo 5º, *caput*, da Lei Fundamental, que assegura como primeiro direito o da vida. De seu turno, o artigo 196 do mesmo diploma prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Por outro lado, o artigo 299 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro garante à população a assistência farmacêutica.

Pode objetar-se que, tanto na hipótese antes versada (restabelecer *statu quo ante* do servidor), quanto na entrega de medicamentos, a obrigação seja de dar. E, sendo assim, sua disciplina não seja a do artigo 461 do Código, mas a do artigo 273, que não prevê as medidas excepcionais de apoio. E tratando-se de regra de exceção, descabe a interpretação ampliativa, como também a integração analógica.

No tocante às ações, que versam sobre entrega de medicamentos, há de ser ponderado que a assistência farmacêutica constitui uma das faces do dever do Estado de prestar saúde. Assegurar serviços de saúde, indubitavelmente, constitui dever jurídico de fazer e nele se insere a obrigação de dar medicamentos.

Ninguém questiona que a obrigação de pintar um quadro seja de fazer. No entanto, pode ocorrer que o artista se recuse a entregar a obra (obrigação de dar). Isto, todavia, não desnatura a obrigação de fazer, nem a torna de dar. Nas relações jurídicas, é muito difícil inexistir obrigação, exclusivamente, de dar, fazer ou não fazer. Quem vende um imóvel, é obrigado a entregá-lo (obrigação de dar), mas tem, outrossim, de assinar a escritura (obrigação de fazer).

O ilustre jurista português, Mário Julio de Almeida Costa, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, ao tratar deste assunto, assevera que pode resultar, a cargo do devedor, “certos deveres acessórios da prestação principal ou até laterais, destinados uns e outros à plena satisfação do direito do credor. Já nos referimos a esses deveres, de que constituem exemplos o de guardar a coisa vendida, a de embalá-la e transportá-la, os de aviso e informação, o de cooperação e os de proteção e cuidado. Recorde-se que a doutrina corrente sustenta que os referidos deveres não apresentam, em regra, autonomia, por não prosseguirem uma finalidade própria, dirigindo-se apenas a assegurar o exato cumprimento da prestação básica ou típica e, para além desta, a perfeita realização dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa” (Direito das Obrigações, 3ª ed., 1979, Livraria Almedina, Coimbra, 1979, p. 454). Embora não se trate, propriamente, de obrigação, em seu preciso sentido, mas de dever jurídico, a construção é adequada, face à similitude de situações.

Admita-se, *ad argumentandum*, no caso de entrega de medicamento, que a obrigação seja de dar e a dificuldade de aplicação da norma (artigo 461, § 5º), por ser de exceção, até porque restaurar a vantagem de servidor, suprimida ilegalmente, caracteriza-se como tal.

Carnelutti, do alto de sua sensibilidade ética, já proclamava que “o jurista que é só jurista é uma pobre e triste coisa”. A frase transcrita, do saudoso mestre peninsular, guarda pertinência com a conclusão exegética que pretende confinar a aplicação do artigo 461, § 5º às obrigações de fazer e não fazer. A interpretação de que, sendo norma de exceção, não pode ser aplicada às obrigações de dar, é render homenagem desmedida, dar prestígio em demasia à fria lógica dedutiva, em prejuízo da interpretação axiológica e da regra constitucional que coloca a pessoa humana no patamar de valor fonte e que a constitui como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Em matéria constitucional, o Poder Judiciário é o intérprete mais abalizado. Não foi por outra razão que o *Chief Justice* Hughes declarou que “a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”.

O formalismo jurídico, a legalidade exacerbada da fase liberal e os rígidos critérios de hermenêutica perderam o seu prestígio como verdade absoluta, dando lugar a outra forma de exegese, predominantemente, impregnada de cunho axiológico.

Conforme Miguel Reale, “interpretar o Direito é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se desenrolassem as conseqüências das leis mercê da simples dedução. A sentença de um juiz é também um trabalho estimativo, de compreensão axiológica, e não mero silogismo” (Filosofia do Direito, Saraiva, p. 252).

A natureza axiológica do ato interpretativo não pode ser olvidada pelo hermenêuta. Daquela, este não pode deixar de cogitar. Adriano Moreira lembra que “a lei é uma criatura livre do criador e está mais a mercê dos intérpretes que dos autores” (Ciência Política, p. 210).

O asserto, pois, de que normas excepcionais não admitem interpretação extensiva e integração analógica, deve ser recebido em termos.

Relembre-se a lição de Carnelutti, no concernente à distinção entre analogia e interpretação extensiva: naquela pensa-se não aquilo que o legislador pensou, mas o que teria pensado; nesta pensa-se o que o legislador lucubrou.

Sendo a obrigação de dar, a disciplina é a do artigo 273 do estatuto processual, norma que é omissa no que respeita às medidas de resguardo ao cumprimento da decisão. E não há como estender o sentido da disposição, já que ela nada previu em caso de descumprimento. Trata-se, com efeito, de integração analógica, isto é, descobrir, não o que o legislador cogitou, mas o que teria estabelecido para a situação.

Resta saber como o intérprete irá descobrir o pensamento não exposto pelo legislador. Segundo Carnelutti, “é necessário percorrer o caminho que ele seguiu” (ob. citada, p.151). Assim, deve-se ir ao princípio, retornando-se àquele momento ou lugar em que a norma, a ser integrada, teve origem, descobrindo-se sua *ratio*. E o veículo para atravessar o caminho é a indução.

O princípio é mais rico que o preceito, pois este daquele se originou. Logo, outro preceito, fundado no mesmo princípio, pode ser criado. Isto é o raciocínio analógico. Ou segundo a fórmula de Carnelutti: “se o preceito expresso é aplicação do princípio, pode servir para formar um preceito semelhante àquele; se, opostamente, o preceito expresso é exceção ao princípio, pode servir para formar um preceito contrário” (ob. citada, p. 191).

O que moveu o legislador a estabelecer as medidas de apoio para as obrigações de fazer e não fazer descumpridas? O princípio de que as decisões judiciais devem ser cumpridas. Este é o princípio: realizar, concretamente, aquilo que foi determinado no comando judicial, cuja implementação, por vezes, oferece bastante dificuldade.

Criticando a tendência doutrinária, que proíbe a integração analógica de normas excepcionais, Carnelutti ressaltou que “o equívoco reside em confundir a lei (expressa), a que faz exceção a uma outra lei, com o princípio (tácito) de que a exceção nasceu. Nada impede que a exceção seja, no pensamento do legislador, aplicação de um princípio que compreende ainda outros casos em uma exceção mais ampla à regra expressa. Desconhece-se, em suma, que, entre uma regra e uma exceção pode achar-se um princípio que constitua uma exceção quanto à regra e uma regra quanto à exceção” (ob. citada, p.194).

Em outras palavras, a regra relativa às medidas de apoio é excepcional, mas o princípio, no qual aquela se funda, não é exceção, pois é regra decisões judiciais serem cumpridas, não obstante ser exceção a regra dele originada (as medidas de apoio). Isto significa que aquela regra pode ser aplicada por analogia ao artigo 273 do diploma processual.

Carnelutti conclui com a seguinte asserção: “este erro manifesto tem, como sempre, os seus inconvenientes, que consistem em impedir-se a expansão analógica de princípios cuja capacidade de extensão pode bem ser considerável e benéfica, e, por isso, em exasperar aquela tendência conservadora, a que corresponde a solução auto-integrativa do problema das lacunas” (ob. citada, p.154).

No tocante à tutela antecipada do artigo 273, igualmente, ao entendimento esposado, manifesta-se Luiz Fux: “obedecendo a regra da reversibilidade amplos devem ser os poderes do juiz no afã de efetivar a antecipação, aplicando-se analogicamente, para esse fim, o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, alterado pela mesma lei, que previu a utilização de todos os meios processuais pelo juiz para a implementação da tutela específica, tal como a busca e apreensão, remoção de pessoas, requisição de força policial, etc” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2001, p. 69).

Em síntese, não se está aplicando a regra excepcional a outro caso não previsto, mas o princípio que é regra (as decisões judiciais têm de ser cumpridas) e que pode regular outros casos não previstos e não pensados pelo legislador, mas que ele teria pensado, através da integração analógica.

Agora, proceda-se à fórmula carneluttiana no tocante ao raciocínio analógico: o que pensaria o legislador para tutelas antecipadas do artigo 273 descumpridas? Obviamente, observando o princípio de que o Poder Judiciário deve ter seu livre exercício assegurado e que neste contexto insere-se a máxima de que comandos judiciais se cumprem, teria o legislador previsto para as obrigações de dar, as mesmas medidas de apoio das obrigações de fazer e não fazer. Deve, portanto, ser admitida a aplicação por analogia do artigo 461, § 5º ao artigo 273, ambos do estatuto processual.

A similitude de situações é reconhecida por Calmon de Passos: “assim, em verdade, a expressão da lei conduz a que se tenha uma execução para entrega de coisa (o equivalente existente no patrimônio do devedor), uma verdadeira novação da obrigação, com a aceitação pelo credor, do equivalente que o devedor se propõe produzir, ou uma transformação da execução em execução de fazer em relação ao terceiro, a par de uma execução por quantia certa contra o devedor inadimplente, nos moldes do que tradicionalmente ocorria e hoje ainda se prescreve” (Inovações no Código de Processo Civil, 2ª ed., 1995, p. 58).

Por outras palavras: para a tutela específica de uma obrigação de fazer, recorre-se ao expediente, normalmente, utilizado para o cumprimento de uma obrigação de dar. O que constitui a exceção à regra é a utilização das medidas de apoio. O princípio, insista-se, é regra: decisões judiciais têm de ser cumpridas. Logo, outras regras, referentes a medidas de apoio, podem ser integradas pela analogia.

Se o princípio é regra, deve ser admitido o recurso à analogia da norma que cuida da efetivação das obrigações de fazer e não fazer, mormente porque as medidas de apoio utilizadas são, algumas delas, concernentes às obrigações de dar, como é o caso da busca e apreensão.

É, portanto, razoável, nos termos do artigo 126 do Cód. de Proc. Civil, utilizar-se uma regra pertinente à obrigação de fazer, para efetivar a satisfação de um crédito, fundado em uma obrigação de dar, especialmente, quando os meios postos à disposição do juiz se adequam a ela.

Retomando a trilha principal do tema, objeto deste estudo, a norma põe à disposição do juiz um elenco não exaustivo para obtenção do resultado prático equivalente e cuja criatividade judicial poderá ampliar. Sua edição já vinha sendo reclamada pela doutrina nacional.

José Carlos Barbosa Moreira, v.g., segundo o postulado da “maior coincidência possível” entre o resultado do processo e o reconhecimento voluntário do direito, já sustentava, antes da vigência da norma, que este princípio “deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar àquele que se obteria

mediante a realização espontânea do direito” (Temas de Direito Processual Civil, Quarta Série, 1989, Saraiva, p. 221).

Ao referir-se à condenação de entregar uma coisa, propõe o processualista que “para evitar a ocultação, pode o credor utilizar-se, aqui também, de medidas cautelares de apreensão” (ob. citada, p. 229).

E embora reconheça que as medidas coercitivas sobre a pessoa do devedor sejam excepcionais, afirma que “não se trata, contudo, de fenômeno inexistente: aqui e ali, disposições legais autorizam o órgão judicial a mandar prender o devedor por certo prazo, com a finalidade de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação” (ob. citada, p. 232).

Fortemente pressionado pela doutrina, o legislador editou o artigo 461, § 5º do estatuto processual.

Dentre as medidas, já se disse, encontra-se a busca e apreensão. Seria, de fato, a medida adequada e pertinente: buscar, apreender o remédio e entregá-lo ao credor. Todavia, existe séria dificuldade em encontrá-lo. Por outro lado, o espírito emulativo e cortesão do prevaricador com seu superior hierárquico pode extrapolar a normalidade de uma conduta áulica, para transformar-se em quixotada, isto é, mesmo confinado à prisão, o servidor pode, teimosamente, deixar de praticar o ato de ofício que lhe foi ordenado. Ademais, o doente, em certos casos, não poderá aguardar o limite de resistência do servidor.

Ante o desconhecimento do local, onde o medicamento poderá ser apreendido, às vezes ele inexistente no estoque das Secretarias de Saúde, aliado a uma suposta resistência do servidor preso em cumprir o mandado, o resultado prático equivalente consiste em apreender créditos dos entes públicos, oriundos de dívida ativa, para com tais valores o próprio Poder Judiciário, como administrador, adquirir o medicamento já deferido ao enfermo e a ele entregá-lo.

Logicamente, esta é a última das alternativas, mas deverá ser efetivada, sem hesitação, se necessário.

Impõe-se, ainda, que a medida de apreensão seja entendida em seus devidos termos. Trata-se de buscar a maior coincidência possível entre o resultado do processo e a atuação espontânea do direito.

Relembre-se que a norma processual não limita as medidas de apoio àquelas expressamente previstas. Elas são exemplificativas.

Por se desconhecer o local da apreensão, tratar-se-ia de medida ineficaz. Seria como “levar copo à água das fontes”, como diria Fernando Pessoa.

Não resta, pois, outra conduta senão apreender estes créditos, para, com tais valores, ser adquirido o medicamento necessário.

Pode objetar-se com o argumento de haver afronta à cediça regra de que não é possível atos de constrição contra a Fazenda Pública. Não existe, propriamente, ato de constrição, mas um resultado prático equivalente, uma medida de apoio para não malograr a decisão proferida, dando-lhe esteio para a devida efetivação, tal como autoriza o artigo 461, § 5º do diploma processual.

Comparem-se as duas situações: o servidor que teve, ilegalmente, suprimida determinada vantagem e o hipossuficiente que necessita do medicamento. Suponha-se que, em ambos os casos, a tutela antecipada tenha sido deferida. É óbvio que os créditos da Fazenda Pública não podem ser submetidos à constrição para pagamento do crédito daquele servidor, sob pena de subversão do sistema estabelecido pelo artigo 730 do diploma processual. No que diz respeito, entre-

tanto, à situação do enfermo, a medida é substitutiva à busca e apreensão do remédio e à prisão, que se mostraram, respectivamente, inútil e insuficiente, constituindo aquela o resultado prático equivalente. Ademais, não serão os valores que serão transferidos para a parte, mas o medicamento que lhe será entregue.

Para fatos normais, as soluções têm de ser normais. Contudo, os fatos anormais merecem soluções excepcionais. Por outro lado, soa como piada de mau gosto a sugestão de converter a obrigação em perdas e danos, pois estas só poderiam ser cobradas pelos herdeiros do doente, por motivos evidentes.

Em exposição brilhante, Luiz Fux já havia denunciado o fracasso do sistema tradicional da execução de sentenças condenatórias, apontando seus defeitos e reconhecendo que “a tutela condenatória é a mais imperfeita de todas as espécies de resposta judicial” (ob. citada, p. 1086).

Não é sem qualquer critério que o Estado Juiz atuará como Estado Administrador. Os princípios da eficiência e da moralidade, previstos no artigo 37 da Lei Fundamental, aplicam-se a todas as funções do Estado e, também, ao Poder Judiciário. Neste mister, deverá observar as mesmas normas traçadas para a administração, notadamente, a que deve observar o princípio da economicidade, já que as medidas de apoio são administrativas.

Normalmente, será desnecessário, o procedimento licitatório, tendo em vista o valor da compra (artigo 24, I, da Lei nº 8.666/93). Todavia, o magistrado que quiser se preservar, deverá publicar edital de convite para aquisição rápida e urgente pelo melhor preço.

Mesmo dispensada licitação, nem por isso, deverá o juiz negligenciar quanto ao preço mais barato. As regras de experiência (artigo 335 do diploma processual) mostram que as distribuidoras vendem seus medicamentos a preços, em média, 30% inferiores aos encontrados em farmácias. Nesses estabelecimentos é que os remédios deverão ser adquiridos para, após, proceder-se à respectiva entrega.

Em resumo, pode concluir-se que: deixar o agente público, regular e pessoalmente intimado, de cumprir tutela antecipada concedida em ação de conhecimento ou mandado de segurança e sentenças de mérito de conteúdo mandamental e as fundadas no artigo 461, do Código de Processo Civil, das quais não caiba recurso com efeito suspensivo e não mais sujeitas ao duplo grau obrigatório de jurisdição, constitui crime de prevaricação na modalidade omissiva; na forma omissiva, a prevaricação é crime permanente, sendo admitida a prisão em flagrante da autoridade infratora, até o exaurimento do momento consumativo do crime, que ocorre com o cumprimento da decisão judicial; o prevaricador só poderá prestar fiança, depois de cumprir a comando judicial; a decretação, por determinação judicial, da prisão em flagrante do prevaricador, que descumpra decisão judicial, constitui sucedâneo da requisição de força policial, prevista no artigo 461, § 5º do Cód. de Proc. Civil, já que o elenco, estabelecido na norma, é exemplificativo; as medidas de apoio, dispostas no artigo 461, § 5º do Código, aplicam-se à tutela antecipada regulada pelo artigo 273 do mesmo estatuto; se a prisão em flagrante não for bastante para a decisão ser cumprida, nas ações que versem sobre entrega de medicamentos a enfermos hipossuficientes, poderá o juiz apreender créditos oriundos de dívida ativa para, com tais valores, adquirir o medicamento necessário e entregá-lo ao doente; esta medida não é constritiva, mas, também, de resguardo ao cumprimento da decisão judicial.

Rio de Janeiro, 1º de agosto de 2001.