

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Conflito aparente de normas no descumprimento de ordem judicial pela Administração Pública

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Contempt of court. 3. Prisão civil e prisão por dívida. 4. Crimes contra a administração da Justiça. 5. Crimes contra a Administração Pública. 6. Crimes de responsabilidade. 7. Crimes na execução de sentenças mandamentais. 8. Crimes na execução contra a Fazenda na Lei n.º 8.213/91. 9. Crimes na execução por quantia certa contra a Fazenda – fase judicial. 10. Crimes na execução por quantia certa contra a Fazenda – fase do precatório. 11. Conclusão.

Introdução

As execuções de obrigação de fazer infungível ou de dar coisa certa são denominadas pela doutrina como execuções impossíveis¹, já que a satisfação plena do crédito dependerá de ato voluntário do devedor. Na hipótese de resistência, o ordenamento jurídico prevê a sua conversão em execução por quantia certa², que, independentemente da vontade do devedor, culminará com a expropriação judicial do patrimônio responsável e a conseqüente satisfação do crédito.

No entanto, a conversão na execução por quantia certa não afasta a possibilidade de coação psicológica do devedor para cumprir, mediante ato próprio, a obrigação de fazer infungível ou dar coisa certa. O Código de Processo Civil prevê penas pecuniárias pelo atraso e descumprimento de sentenças condenatórias de obrigação de fazer e entrega de coisa certa³. Além

¹Chiovenda, op. cit.; Liebman, op. cit.; Cândido Rangel Dinamarco, op. cit.; e Araken de Assis, op. cit.

²Arts. 627 e 633 do CPC.

³Arts. 627, 633, 644 e 645 do CPC.

disso, há sanções civis pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça⁴. Já o Código Penal prevê os crimes contra a administração da justiça que, indiretamente, prestam-se à coação psicológica do devedor⁵.

No procedimento de execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, a proibição da expropriação judicial do patrimônio público compromete seriamente a efetividade da jurisdição. Como o cumprimento dos precatórios depende de vontade política do Estado/devedor⁶, a situação do credor se agrava, pois tem-se a execução contra a Fazenda Pública como uma execução impossível e, o pior, insuscetível de conversão numa execução possível (forçada).

Nesse contexto, toma relevo a coação psicológica do devedor, único instrumento em poder dos jurisdicionados capaz de levar o Estado/devedor, no plano processual, à vontade de cumprir uma decisão judicial. Porém, ainda assim, nota-se que a aplicação de sanções civis dificilmente intimidaria a Administração Pública, pois, não incidindo pessoalmente sobre o servidor responsável, também seriam executadas mediante precatório judicial. Portanto, no direito pátrio vigente, a única forma real de coação do Estado/Jurisdição contra o Estado/devedor é a responsabilização penal dos servidores públicos que derem causa ao inadimplemento judicial.

Na opinião de Marcelo Caetano,

“se os Ministros e os funcionários souberem que (como sucede, por exemplo, em Inglaterra) serão acusados e condenados nos tribunais sem embargo das suas qualidades ou situações pessoais, decerto terão em maior conta os direitos alheios e maior escrúpulo na observância dos princípios jurídicos”,

sendo essa, aliás, a razão primordial que levou certos autores dos mais autorizados, como Vedel e Benvenuti, a preconizar a adoção ou ampliação da responsabilidade penal dos agen-

⁴Arts. 599 a 601 do CPC.

⁵É inegável que o direito penal se preste à coação de determinados deveres jurídicos. Os crimes contra a ordem tributária são um exemplo. O direito espanhol contempla diversos crimes para forçar a Administração Pública a cumprir as sentenças judiciais, tal como o crime de desobediência (Ernesto Pedraz Penalva, *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Civitas, 1993, p. 179).

⁶Notadamente quando não houver previsão orçamentária, ante a omissão do legislador.

tes pela inexecução das sentenças dos tribunais administrativos⁷.

2. *Contempt of court*

O *contempt of court* é um instituto do direito anglo-saxão para garantia da efetividade da prestação jurisdicional. Trata-se de sanção aplicada à parte que desrespeita a corte. O *contempt of court* civil impõe sanções civis e o *contempt of court* penal, sanções penais. Essas sanções são aplicadas pelo próprio juiz da causa, havendo inúmeros casos em que ocorre no processo de execução.

René David registra que

“aquele que, de má-fé ou por má vontade, não executa uma decisão da Corte torna-se culpado por contumácia e, como sanção, corre o risco de ser preso. O *contempt of court* aumenta o prestígio das Cortes superiores e contribui, desta maneira, para consolidar fortemente na Inglaterra a idéia de que existe de fato um poder judiciário”⁸.

3. Prisão civil e prisão por dívida

A Constituição Federal proíbe a prisão por dívida, salvo no caso de depositário infiel ou de dívida alimentar⁹. A proibição da prisão civil por dívidas é regra de direito humanitário e consagra a moderna doutrina processual de que o devedor não deve responder fisicamente pelas suas dívidas¹⁰, devendo a execução alcançar unicamente o seu patrimônio e, mesmo assim, aqueles bens que não forem essenciais a sua subsistência¹¹. A proibição da prisão por dívida deve ser voltada tanto para o legislador civil quanto para o penal. De nada adiantaria vedar o

⁷*apud* Diogo Freitas do Amaral, *A execução das sentenças dos Tribunais Administrativos*, Almedina, 1997, p. 241.

⁸*Le Droit Anglais*, Presses Universitaires de France, 1987. (Tradução de Eduardo Brandão, *O direito inglês*, Martins Fontes, 1997, p. 19).

⁹Art. 5º, LXVII, da Constituição.

¹⁰O processo de humanização da execução forçada no direito romano, com a patrimonialização, deu-se a partir da *Lex Poetelia* (326 a.C). Vittorio Scialoja anota que essa lei aboliu a pena capital contra o devedor insolvente, assim como os meios mais vexatórios, como cadeias e correntes (op. cit.).

¹¹Cândido Rangel Dinamarco, op. cit. p. 32.

legislador civil de punir o devedor se ao legislador penal fosse possível adotar tal postura¹².

Porém, não se deve confundir o ato de ser inadimplente com o ato de se furtrar à eficácia da decisão judicial. Se o devedor não tem como pagar a dívida ou cumprir a sentença, o credor não realizará o seu crédito e a execução será suspensa (execução infrutífera)¹³. No entanto, se o devedor possuir recursos para pagamento da dívida e se furtrar à aplicação da sentença, mediante fraude e atos atentatórios à dignidade da justiça, não haverá problema algum em punilo civil ou criminalmente. A sua postura deixa de ser prejudicial apenas para credor para atingir a sociedade como um todo, ao colocar em dúvida a autoridade e credibilidade do Poder Judiciário.

4. Crimes contra a administração da Justiça

Os crimes contra a administração da Justiça são crimes que podem ser praticados tanto por particulares quanto por servidores públicos. Os que eventualmente podem ter relevância no processo de execução contra a Fazenda Pública são os de fraude processual (innovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito – art. 347/CP); de patrocínio infiel (trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, é-lhe confiado – art. 355/CP); de sonegação de autos (inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador – art. 356/CP); e de resistência à execução de sentença que fixa alimentos (constitui crime contra a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia – art. 22 da Lei nº 5.478/68).

A fraude processual é praticada pelo *improbus litigador* (muitas vezes, com a participação de inescrupuloso advogado). A fraude opera-se com a artificiosa inovação (alteração, modifi-

¹² Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. “Apropriação indébita tributária?”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino Bauru* 20, p. 211-222.

¹³ Art. 791, III, do CPC.

cação, substituição, deformação, subversão) relativamente ao “estado de lugar, de coisa ou de pessoa”. Um exemplo citado por Nelson Hungria é a eliminação dos vestígios de um fato, para fazer crer noutro diverso¹⁴. É necessário que a ação seja idônea para induzir em erro o juiz ou perito, lembrando, nesse ponto, que a indução a erro ocorre relativamente a fatos e não a direito. Por isso, a sua incidência é mais no processo de conhecimento, que pode envolver a fase de liquidação ou de embargos do devedor. A fraude processual não deve ser confundida com a fraude à execução, esta inaplicável no processo de execução contra a Fazenda, considerada a inexistência de expropriação judicial.

O crime de patrocínio infiel é próprio dos advogados, ainda que no exercício de função pública, tais como os procuradores ou advogados credenciados. No âmbito da execução contra a Fazenda, os sujeitos passivos desse delito são o Estado/Jurisdição e o Estado/devedor. É elemento do tipo a existência de prejuízo para o Estado/cliente do advogado. O dolo é afastado se o advogado, por imperícia, imprudência ou negligência, causa prejuízo ao seu cliente, já que não há punição para a modalidade culposa. Portanto, o conduzimento temerário da lide, com graves conseqüências para o cliente, deve ser examinado à luz da culpabilidade¹⁵ do agente.

O crime de sonegação de autos se consuma com o simples “deixar de restituir” os autos que estiverem em poder do agente. Para tanto, é necessária a sua prévia intimação pessoal para devolução. Trata-se de crime omissivo próprio. A devolução dos autos deve ser considerada, ainda que anterior à denúncia, arrependimento posterior. Não só o advogado é seu sujeito ativo, mas também qualquer outra pessoa que esteja na posse dos autos. O dolo é a intenção de não devolver os autos, devendo, no entanto, ser afastado nas hipóteses de negligência, imperícia ou imprudência, como pode ocorrer nas hipóteses de extravio, a ser apurado no contexto probatório.

5. Crimes contra a Administração Pública

Os crimes contra a Administração Pública, praticados unicamente por servidores públicos, e que são pertinentes ao tema são os de preva-

¹⁴ Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, v. IX, Forense, 1959, p. 501.

¹⁵ Causalista.

ricação (retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal – art. 319/CP) e de advocacia administrativa (patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário – art. 321/CP).

No tocante ao descumprimento de ordens judiciais por agentes públicos, é controvertida a adequação do tipo penal. O crime de desobediência, aplicável a todos que resistem a uma ordem judicial, não incidiria sobre o servidor público recalcitrante, uma vez que se trata de crime praticado por particular contra a Administração Pública. A tipificação correta para a hipótese seria o delito de prevaricação, que é praticado por servidor contra a própria Administração¹⁶.

Nesse sentido, já decidi o Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 2.6128/4, de que foi Relator o Ministro Vicente Cernicchiaro, cuja ementa encontra-se assim redigida:

“O Código Penal distingue (título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidente, quando o funcionário público (CP, art. 327) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal – desobediência (CP, art. 330) crime praticado por particular contra a Administração Pública, título XI, capítulo II). Em tese, admitir-se-á – prevaricação (CP, art. 309). Urge, no entanto, a denúncia descrever elementos constitutivos dessa infração penal”¹⁷.

Na doutrina de Rui Stoco, prevaricação é infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É o não-cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimentos próprios. Não é a hipótese de corrupção, mas sim a satisfação de interesse pessoal, vontade própria sem observância do seu dever de ofício, por meio da omissão ou retardamento da prática do ato administrativo.

Nelson Hungria entendia por sentimento pessoal

“a afeição, a simpatia, a dedicação, a benevolência, a caridade, o ódio, a parcialidade, o despeito, o desejo de vingança, a paixão política, o prazer da prepotência

¹⁶Rui Stoco, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 1, II, 6ª edição, RT, 1997, p. 3.619.

¹⁷Revista do Superior Tribunal de Justiça 63, p. 70. Cf. STJ/RHC, Rel. Fláquer Scartezini, DJU. 05.06.95.

ou mandoísmo, a subserviência, o receio de molestar os poderosos”¹⁸.

Se o servidor público julga ilegal a ordem judicial e deixa de cumpri-la no interesse público, poder-se-ia dizer que o dolo está afastado, pois a sua conduta seria “legal”¹⁹.

Contudo, o meu posicionamento a respeito é que não compete à autoridade administrativa valorar a legalidade de decisão judicial, que, enquanto eficaz, deve ser cumprida²⁰. E mais, ainda que no futuro venha a ser reformada, o desrespeito existiu e deve ser punido. O servidor que nega cumprimento a uma ordem judicial, sob o fundamento da sua ilegalidade, está agindo para satisfazer interesse pessoal e sujeito às sanções do crime de prevaricação. Evidentemente que, na hipótese de impossibilidade material de cumprimento da decisão judicial, não haverá crime algum, justamente por incoerência do dolo.

Ivan Lira de Carvalho assinala que,

“na análise da caracterização da prevaricação, deve o juiz apurar cada vez mais o seu equilíbrio, no intuito de aferir se realmente o funcionário agiu objetivando a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Dos dois requisitos subjetivos, o primeiro oferece melhores condições de constatação, como ocorre, por exemplo, no caso de dirigente de repartição pública que retarda o cumprimento de ordem judicial que suspende a integração de vantagem financeira aos vencimentos dos funcionários sob o seu comando – quiçá dos seus próprios ganhos. Já com referência ao sentimento pessoal, parece acontecer, na maioria dos casos, uma subserviência intolerável dos funcionários

¹⁸Nelson Hungria, op. cit. p. 376.

¹⁹Esse entendimento, de certa forma, foi encampado pelo STJ no RHC 1543/GO, de que foi Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, relativamente a crime de desobediência: “O crime de desobediência reclama que a ordem seja legal. Acrescente-se: legalidade substancial, legalidade formal e autoridade competente. Além disso, inexistirá o delito havendo impossibilidade material de cumprimento da determinação”. Revista do STJ 28, p. 178.

²⁰O Ministro Costa Leite, vencido no cit. HC. 1543, consignou que “este é um ponto fundamental no Estado de Direito Democrático, que tem no império da lei a sua pedra angular. As decisões judiciais devem ser cumpridas ou civilizadamente questionadas, visto como, ao juiz compete dizer o direito” (RSTJ-28/181).

para com os seus superiores, em muito transcendendo o respeito à hierarquia recomendado pelo pré-citado art. 116, IV, da Lei 8.112/90. Noutros casos, são constatadas manifestações explícitas de prepotência, do tipo 'quem manda aqui sou eu!', exigindo uma reprimenda eficaz ao restabelecimento da primazia do interesse público no trato da matéria administrativa"²¹.

A propósito do crime de advocacia administrativa, o seu dolo consiste na vontade conscientemente dirigida ao patrocínio de interesse privado junto à Administração Pública. No caso de ser o interesse ilegítimo, o agente responderá pelo crime mais grave se tinha conhecimento de tal ilegitimidade, bastando porém o dolo eventual. O crime só pode ser praticado por servidor público, não descartada a possibilidade de co-autoria com particular²².

6. Crimes de responsabilidade.

Os crimes definidos como de responsabilidade também devem ser observados, tais como os por ato do Presidente da República e Ministros de Estado (são crimes de responsabilidade os atos que atentarem especialmente contra... o livre exercício do Poder Judiciário... ; opondo-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças; usando de violência ou ameaça, para constringer juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício. São crimes contra o cumprimento das decisões judiciais: impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária – art. 4º, II; 6º, 5 e 6; e 12 da Lei nº 1.079/50); dos Governadores de Estado e Secretários (art. 74 da Lei nº 1.079/50); do Governador do Distrito Federal e Secretários (art. 1º da Lei nº 7.106/83); e dos Prefeitos

²¹ Ivan Lira de Carvalho. "Descumprimento de ordem judicial por funcionário público". Revista Trimestral de Direito Público 10, pp. 187-195.

²²Rui Stoco, op. cit. p. 3.629.

Municipais (deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, a autoridade competente – art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67).

O Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96/1992, introduzindo o § 4º no atual artigo 100 da Constituição, dispõe que

“o descumprimento das providências a que aludem os parágrafos anteriores, pelo Presidente do tribunal, constituirá crime de responsabilidade em que também incorrerá o Chefe do Poder Executivo que obstar, ou tentar frustrar, por qualquer meio, a liquidação regular de precatório, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis e da intervenção nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios”²³.

O ponto de partida para a tipificação desses delitos de responsabilidade, no tocante ao descumprimento de ordem judicial, é saber se a autoridade política é realmente responsável pelo cumprimento da ordem e se, para a mesma, havia possibilidade material de cumprimento, pois, do contrário, não haverá dolo.

7. Crimes na execução de sentenças mandamentais

A mandamentalidade das sentenças ou liminares proferidas em sede de mandado de segurança depende da natureza da pretensão. Serão sempre mandamentais as pretensões condenatórias de obrigação de fazer ou não fazer e de dar coisa certa. O descumprimento dessas decisões poderá ensejar a responsabilidade penal do servidor público competente, forçando-o, indiretamente, a fazer, não fazer ou ainda entregar determinada coisa, tal como previsto no julgado.

Os pedidos declaratórios e constitutivos não dependem de execução, tornando-se, portanto, irrelevante a resistência da Fazenda Pública para a eficácia do julgado. No entanto, as pretensões declaratórias e constitutivas, geralmente, vêm acompanhadas de pretensões condenatórias de obrigação de fazer ou não fazer, com o que a recalitrância da autoridade administrativa compromete a efetividade da jurisdição.

As pretensões que resultarem no pagamento de valores em espécie não detêm natureza mandamental, pois estão sujeitas ao procedi-

²³Deputado Jairo Carneiro, Brasília, Câmara dos Deputados, 1996.

mento do art. 730 do CPC e do art. 100, *caput*, da Constituição. A alegação de que a ação de mandado de segurança possui previsão constitucional autônoma e, portanto, não se sujeita ao precatório judicial é interpretação a ser afastada. Não há possibilidade jurídica de satisfazer o credor de quantia certa, na hipótese de descumprimento de ordem judicial, ainda que mandamental fosse, dada a proibição generalizada de expropriação forçada do patrimônio público.

A exegese do crime previsto pelos arts. 1º, § 2º, e 3º da Lei nº 5.021/66 deve ser a seguinte. O tipo penal impõe à autoridade coatora a imediata solicitação para suprimento de recursos, na falta de crédito. E o que se entende por “solicitação imediata”? A meu ver, em prazo suficiente para que seja dado cumprimento (tempestivo) à decisão judicial.

Como a Constituição proíbe o pagamento de decisões judiciais independentemente de precatório judicial, assim como é proibida a transposição de receitas de uma rubrica para outra, a decisão judicial deve impor à autoridade coatora a fonte da qual deverão ser extraídos os créditos para pagamento, pois do contrário poderemos estar diante de uma impossibilidade material, o que afastaria o dolo.

Porém, imaginem que haja tal previsão orçamentária (certamente inconstitucional) ou que a decisão judicial, por sua conta, imponha o pagamento indicando outra rubrica. O momento seguinte é saber se há fluxo de caixa em tal rubrica à disposição da autoridade coatora. A hipótese prevista pela Lei nº 5.021/66 é apenas na falta de crédito da autoridade coatora. Caso a autoridade possua caixa e não pague, o crime não seria o da Lei nº 5.021/66, embora possa estar sujeito a outras penas. Caso seja o ordenador de despesa o detentor do crédito, este o colocará à disposição da autoridade coatora tão logo lhe seja comunicado. Observe-se que, nesse caso, a omissão da autoridade coatora será relevante, pois o credor deixará de satisfazer o crédito em razão da sua omissão.

Porém, digamos que a autoridade coatora não possua crédito, assim como o ordenador de despesas a que estiver vinculada. O suprimento de recursos dependeria de processo legislativo para aprovação de crédito suplementar. A relevância da punição da autoridade coatora residiria na necessidade de se dar conhecimento dos fatos às autoridades políticas responsáveis pelo orçamento. Nada mais. Creio que não haja razão para a tipificação penal nessa hipótese.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que a objetividade jurídica do delito previsto no art. 3º da Lei nº 5.021/66 (que não deixa de ser um crime de prevaricação) é a Administração Pública e não a administração da Justiça. O crime de prevaricação é contra a Administração Pública, o que é coerente com a idéia de que a hipótese encerra um dever, *interna corporis*, da Administração Pública enquanto parte (autoridade coatora), no cumprimento voluntário (no plano processual) da decisão judicial. O juiz não pode obrigar a Administração a cumprir uma decisão judicial para pagamento de quantia certa sem precatório, porém a própria Administração pode impor aos seus agentes o cumprimento de tal decisão. A lei não confere instrumentos ao Poder Judiciário para fazer valer suas decisões, porém obriga à Administração o cumprimento das decisões judiciais. O mesmo ocorre, *vg*, com os recursos civis voluntários. O juiz não pode impor à Administração Pública a interposição de recurso extraordinário, mas a Administração Pública, internamente, pode impor aos seus agentes (procuradores) que interponham todos os recursos cabíveis, sob pena de prevaricação.

O descumprimento de decisão mandamental (obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa certa) não é conduta prevista pelo art. 3º da Lei nº 5.021/66, embora ocasionalmente possa configurar outros tipos penais, tal como o de prevaricação ou de responsabilidade. A caracterização do crime de prevaricação depende de acurado exame do elemento subjetivo, o de satisfazer interesse próprio. A alegação de interesse público no descumprimento da decisão mandamental é possível que afaste o dolo da prevaricação, afastando, da mesma maneira, o dolo do crime de responsabilidade. O crime de fraude processual não se aplica à espécie, uma vez que tem por fim evitar o induzimento a erro do juiz ou perito, na fase de instrução; e o processo de execução não é o momento para tanto.

8. Crimes na execução contra a Fazenda na Lei nº 8.213/91

O art. 128 da nº Lei 8.213/91, enquanto não declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permitia que o INSS cumprisse as decisões judiciais de quantia certa independentemente de precatório, desde que até determinado limite. Questões de ordem prática surgiram à época. O INSS era intimado para pagamento, que não era realizado no prazo judicial.

Além disso, alguns credores eram preteridos por outros mais recentes, o que ocasionava um mal-estar geral com suspeita do retorno da advocacia administrativa.

No tocante ao descumprimento das decisões judiciais que impunham o pagamento sem precatório, algumas considerações devem ser feitas. É verdade que a Constituição não permite o pagamento de valores independentemente de precatório, tanto que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do citado art. 128 da Lei nº 8.213/91. É também verdade que a Constituição não permite a transposição de verbas de uma rubrica para outra.

Porém, o fato é que havia previsão orçamentária e caixa para pagamento, sem precatório, dessas decisões judiciais. E, mesmo que não houvesse, é importante ressaltar que toda decisão judicial deve ser respeitada enquanto eficaz, sob as penas da lei. Por mais absurda que seja, enquanto não revogada, a decisão judicial deve ser cumprida, incorrendo o servidor público recalcitrante no crime de prevaricação ou de responsabilidade.

Nesse contexto, milhares de decisões judiciais, com trânsito em julgado, determinaram ao INSS o pagamento de valores independentemente de precatório judicial. A postura adotada pela Autarquia, em vários processos, era simplesmente a omissão. Com isso, surgiram questionamentos sobre a natureza penal do seu comportamento, levando alguns juízes a decretarem a prisão em flagrante de servidores públicos, com o que foram taxados pela imprensa de “juízes justiceiros”.

A falta de pagamento das decisões judiciais relativas a benefícios previdenciários podia ensejar a punição pelo crime de prevaricação ou de responsabilidade. Porém, o dolo era de difícil configuração. Era necessário que ficasse demonstrada a existência de previsão orçamentária e de recursos financeiros capazes de suportar o débito e que, ainda assim, o responsável estava se recusando a ordenar a despesa. A concepção de que a satisfação de interesse pessoal é colidente com a postura adotada pelo servidor, que tem por fim a proteção da Administração Pública, fez com que poucos respondessem criminalmente pelo descumprimento das decisões judiciais. Era também importante que fosse identificado o responsável pela ordem de pagamento, único servidor que seria sujeito ativo de crime pelo descumprimento da decisão judicial, muito embora outros funcionários pudessem ser considerados partícipes.

O crime de patrocínio infiel era ventilado, na medida em que a postura deliberada de procuradores em não pagar as decisões judiciais, ainda que bem intencionados, acarretava sanções de ordem pecuniária à Autarquia, tais como juros de mora, *astreintes*, multas e correção monetária.

A preterição de credores mais antigos, no cumprimento das decisões judiciais emanadas na dicção da Lei nº 8.213/91, era de difícil solução. Como cada juízo proferia uma decisão para pagamento, era a Administração Pública quem acabava controlando a preferência, tal como ocorre com a multiplicidade dos tribunais requisitantes de precatório. O controle só seria eficaz entre as ordens para pagamento emanadas por um mesmo juízo. Contudo, mesmo assim, para configurar o crime de advocacia administrativa ou corrupção passiva, seria imprescindível longo processo investigatório para apurar o dolo, pois a simples preterição não é crime.

9. Crimes na execução de quantia certa contra a Fazenda – fase judicial

Na fase judicial da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, notam-se dois momentos em que a Fazenda costuma opor obstáculos ao processamento regular da execução, por meio de condutas que eventualmente ensejam responsabilidade penal dos seus agentes: a liquidação de sentença e a oposição de embargos à execução.

No momento da liquidação da sentença, a Fazenda Pública não raramente se recusa a prestar informações que são indispensáveis à elaboração dos cálculos. O credor, não podendo valer-se do instrumento processual previsto pelo art. 355/CPC, em vista do disposto no art. 399/CPC, é obrigado a se conformar, processualmente, com a omissão da Fazenda/devedora. É evidente que a postura adotada pela Fazenda, em muitos casos, deve ensejar a responsabilidade penal.

A requisição de documentos ou informações é ordem judicial e deve ser obedecida, sob pena de prevaricação ou de responsabilidade. A subtração de documentos, para dificultar o regular processamento da liquidação, pode ser a hipótese do crime de fraude processual. Caso se evidencie a prática de qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, além das sanções processuais, é possível que haja a infração penal do patrocínio infiel.

A oposição de embargos à execução deixa de ser considerada um meio legítimo de defesa do devedor quando se destina a restaurar questões já decididas na fase cognitiva²⁴. A tentativa de ofensa à coisa julgada pode caracterizar a litigância de má-fé e, eventualmente, o crime de patrocínio infiel, já que causará danos civis ao erário público. No entanto, o dolo será afastado na hipótese de erro ou ignorância do causídico.

10. Crimes na execução por quantia certa contra a Fazenda – fase do precatório

A inobservância da ordem de preferência do precatório judicial pode ocorrer em diversos níveis da Administração. É possível que a preterição ocorra entre credores que postulam num mesmo tribunal ou em tribunais diversos. A preterição pode ser provocada, ainda, por credores que satisfazem o crédito administrativamente, em detrimento daqueles que aguardam o pagamento por precatório. Em qualquer das hipóteses, acredito que o administrador está sujeito ao crime de advocacia administrativa, o que, contudo, é de difícil caracterização.

A falta de pagamento dos precatórios pode ocorrer basicamente em duas situações. Uma se a Administração Pública dispuser de verba e, por um motivo qualquer, não desejar o pagamento. Outra se a Administração Pública não dispuser de verba para o pagamento.

Se a Administração Pública possui dotação orçamentária específica, caixa suficiente e, ainda assim, não paga o precatório judicial, provavelmente o servidor responsável estará sujeito ao crime de prevaricação ou de responsabilidade. A alegação de que a verba deveria ter outra destinação (eventualmente mais relevante ou urgente) encontra óbices na própria Constituição, que veda a transposição de uma rubrica para outra²⁵.

²⁴Segundo Diogo Freitas do Amaral, “não basta à Administração Pública dar realização efectiva ao disposto em tais sentenças: cumpre-lhe não contestar a decisão jurisdicional, uma vez transitada em julgado, respeitando o carácter de imutabilidade e indiscutibilidade que é timbre de uma decisão revestida da autoridade de caso julgado” (op. cit. p. 35).

²⁵Ao contrário, no direito português, o art. 6º do Decreto-Lei nº 256-A/77 estabelece que “constituem causa legítima de inexecução a impossibilidade e o grave prejuízo para o interesse público no cumprimento da sentença” (Diogo Freitas Amaral, op. cit. p. 118).

Porém, se a Administração Pública não possui previsão orçamentária para o pagamento do precatório judicial, não há como responsabilizar penalmente quem quer que seja. A inclusão, no orçamento, de verba destinada ao pagamento de decisões judiciais é ato que depende de vontade política do Poder Legislativo, contra o qual não se pode insurgir²⁶. Do mesmo modo haverá atipicidade penal se a Administração Pública, embora detentora de previsão orçamentária, não possuir fluxo de caixa, pois a suplementação do orçamento depende da elaboração de legislação específica.

11. Conclusão

No atual regime jurídico, o direito penal é o único instrumento de coação que o credor e o próprio Estado/Jurisdição, este o maior interessado na concretização do julgado, possuem contra o Estado/devedor. Porém, mesmo assim, a legislação penal é tímida no tocante ao descumprimento das decisões judiciais pela Administração Pública. Os crimes a que se sujeitam os agentes públicos responsáveis pelo cumprimento das decisões judiciais são de difícil configuração, pois o dolo deve ser, na maior parte, específico para satisfazer interesse particular.

Além disso, a previsão de crimes para o administrador público não tem-se prestado a coagir psicológica e eficazmente o Estado/devedor, já que essas sanções penais não são aplicadas pelo juiz da execução²⁷. A suspeita de crime leva o juiz da execução tão-somente à extração de cópias, para o Ministério Público apurar e denunciar perante outro juízo e em outro processo. Como a sanção não é imediata, a probabilidade de punição futura acaba por esvaziar o carácter coercitivo da medida²⁸.

²⁶Vicente Greco Filho é de entendimento contrário. Reconhece que o descumprimento desse comando representa violação da lei, em sentido amplo, e também descumprimento de ordem judicial, porque o precatório tem em si a carga de uma determinação ao Poder Executivo para a inclusão da verba. Segundo afirma, há crime de responsabilidade do administrador (op. cit. pp. 86/87).

²⁷A jurisprudência é tranquila que “juiz na jurisdição civil não pode mandar prender ninguém por crime de desobediência, a não ser, evidentemente, em caso de flagrante, o que pode ser feito por qualquer do povo” (RSTJ-71/78). Na Justiça Federal da 2ª Região, o Provimento 18 da Corregedoria-Geral chegou a regulamentar a matéria.

²⁸Essa deficiência do direito penal como instrumento de efetividade da execução contra a Fazenda

Portanto, o ideal seria a possibilidade de prisão civil do administrador recalcitrante pelo próprio juiz da execução, sempre que este se convencesse de que a postura adotada pela Administração Pública é ilegítima, tal como se sucede no regime aglo-saxão com o *contempt of court*. De toda sorte, é bom registrar que, qualquer que

seja a medida adotada contra o administrador inadimplente, o credor nunca terá a garantia de satisfação do crédito, ao menos enquanto subsistir o preceito constitucional que considera o precatório judicial como único meio de execução contra a Fazenda Pública.

Pública foi constatada no direito português por Diogo do Amaral: “A primeira deficiência que se faz mister apontar, dentro desta ordem de idéias, decorre do princípio básico de que a acção penal é pública... Depois, cabe advertir que a aplicação da pena correspondente ao crime de desobediência não protege suficientemente os interesses do particular ofendido com a inexecução da sentença. Porque, em boa verdade, a execução da pena não equivale à execução da sentença” (op. cit. p. 242).

*Notas bibliográficas conforme original.