



APONTAMENTOS SOBRE A INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

NOTES ON THE UNAVAILABILITY OF FINANCIAL ASSETS AND THE NEW ACT OF ABUSE OF AUTHORITY

Silvio Wanderley do Nascimento Lima

RESUMO

Examina aspectos relativos à aplicação do artigo 36 da Lei n. 13.869/2019 que sanciona, criminalmente, a indisponibilidade de ativos financeiros realizada com excesso. Aborda a indeterminabilidade da conduta passível de punição, bem como aspectos inerentes às condições necessárias para o enquadramento dos atos dos magistrados no novo tipo penal.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; indisponibilidade de bens; ativos financeiros; exacerbação; crime; Lei n. 13.869/2019.

ABSTRACT

This paper looks into some aspects relating to the application of article 36 of Act 13,869/2019, which criminally sanctions the unavailability of financial assets carried out in excess. It addresses the indistinctness of conduct subject to punishment and also some deep-seated aspects related to the necessary conditions for the categorization of judges' rulings into a new penal norm.

KEYWORDS

Criminal Law; unavailability of assets; financial assets; worsening; crime; Act 13,869/2019.

1 DA INDISPONIBILIDADE

A promulgação da Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019, denominada, por alguns, “Lei do Abuso de Autoridade”, tem causado preocupação entre os agentes públicos responsáveis pela persecução e julgamento de infrações penais, mas não só a estes. Dispositivos da mencionada norma também produzem reflexos para além da seara penal. Neste despretenso texto, pretendemos examinar uma das condutas tipificadas que, em abstrato, pode ocorrer em todas as modalidades do processo judicial.

O dispositivo a que nos referimos é o artigo 36, *in verbis*:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Uma parcela do elemento objetivo do tipo consiste em decretar – determinar – a indisponibilidade de um gênero de bens: ativos financeiros. Isto é, recursos que, em geral, são mantidos e circulam por instituições financeiras.

Nos termos do Código de Processo Civil, o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, é o bem cuja constrição é preferencial (art. 835, § 1º), precedendo aos demais.

Nos termos do Código de Processo Civil, o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, é o bem cuja constrição é preferencial (art. 835, § 1º), precedendo aos demais. Dita preferência dá-se em virtude de esta ser a modalidade de bem que, com menor custo, permite a mais eficiente efetivação da prestação devida ao credor¹, simplificando a realização dos atos de expropriação, eis que esta se dará com a mera entrega dos recursos financeiros ao credor/exequente².

Por seu turno, a indisponibilidade consiste na impossibilidade de um bem vir a ser objeto de alienação ou oneração por seu titular. A prática dos referidos atos, após a decretação da indisponibilidade, implica a ineficácia destes perante o autor/exequente da ação em que a medida judicial foi deferida (art. 792, § 1º do CPC). A indisponibilidade não se confunde com a expropriação, uma vez que naquela apenas uma das faculdades inerentes à propriedade fica obstada, à disposição. A expropriação torna nenhum o direito de propriedade e, por conseguinte, todas as faculdades inerentes a ele.

A indisponibilidade de bens é uma medida que tem por finalidade viabilizar futura expropriação ou restituição, podendo consistir em ato de natureza cautelar ou executivo, como adiante se verá.

A Carta Magna faz alusão à indisponibilidade de bens no contexto da improbidade administrativa (art. 37, § 4º), porém o referido instituto, como é cediço, não se exaure na referida hipótese, podendo ser determinada no contexto de ações penais, ações civis públicas, no cumprimento de sentença, nas execuções em geral, entre outras.

Como a indisponibilidade de ativos financeiros implica tor-

ná-los impassíveis de transferência de titularidade, a efetivação de tal medida concorre para que os respectivos valores sejam objeto de depósito judicial, vinculado ao juízo e ao processo em que a medida foi determinada.

Não é inusual supor que a indisponibilidade de ativos financeiros, por sua afirmada gravosidade, estaria inserta no âmbito da reserva de jurisdição. Todavia, não é correta essa ideia. O ordenamento jurídico confere a órgãos e entidades não jurisdicionais competência para a decretação de indisponibilidade e, portanto, para deliberarem sobre esta. Assim é que a Lei n. 8.443/1992³ autoriza ao Tribunal de Contas da União – TCU a decretar a indisponibilidade de bens.

Do mesmo modo, a indisponibilidade de bens também decorre da decretação, pelo Banco Central do Brasil⁴, de intervenção ou de liquidação extrajudicial de instituições financeiras privadas, públicas não federais e cooperativas de crédito.

As entidades abertas e as entidades fechadas de previdência complementar também estão sujeitas à intervenção/liquidação promovidas, respectivamente, pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Da intervenção/liquidação também resulta a indisponibilidade de bens, tal como figura da Lei Complementar n. 109/2001⁵. Algumas agências reguladoras também podem decretar o regime de direção fiscal ou a liquidação extrajudicial das entidades que atuam no segmento regulado, sendo que tais atos importam⁶.

2 DO SUJEITO ATIVO DO DELITO

Conquanto a determinação da indisponibilidade de bens, dentre eles incluídos os ativos financeiros, não seja uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, percebe-se que a norma incriminadora restringiu seu alcance aos membros do aludido Poder. É que essa norma define, expressamente, o *locus* da conduta, qual seja, o processo judicial. Logo, trata-se de crime próprio tendo como único sujeito ativo possível o membro do Poder Judiciário, uma vez que só este tem competência para determinar a indisponibilidade no processo judicial.

Um breve comentário: se o mote da norma seria conter eventuais condutas desproporcionais ou irrazoáveis que colocassem os investigados/réus/executados em situação constrangedora, ante a retirada do acesso aos meios materiais mais imediatos para o cumprimento de suas obrigações (recursos financeiros), e se o sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade, nos termos do artigo 2º da Lei n. 13.869/2019, é qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas e membros dos tribunais ou conselhos de contas, haveria razão para a norma restringir-se apenas ao processo judicial e, por conseguinte, aos membros do Poder Judiciário?

Não se alegue que seria possível atribuir à expressão “em processo judicial” o sentido de que se trataria de qualquer procedimento conduzido por entidade ou órgão integrante da estrutura estatal, posto que isso importaria adotar interpretação analógica para imposição de sanção penal, resultando em violação aos princípios da legalidade e da especialidade e, por conseguinte, em

descompasso para com o ordenamento jurídico penal⁷.

Ao que parece, a única *ratio* que poderia justificar a distinção seria o fato de a indisponibilidade, nas hipóteses em que advinda de ato de entidades da Administração Pública, ser uma decorrência *ex lege* de outro ato (intervenção, liquidação extrajudicial, direção fiscal etc.), não consistindo em uma determinação específica, portanto a realização do núcleo da conduta típica não seria o objeto da vontade do agente, mas apenas o desdobramento de outra conduta. Todavia, esta lógica não se aplicaria ao TCU, pois a Corte de Contas pode determinar a indisponibilidade de bens como ato específico, no contexto de apuração que, perante esta, esteja em curso. Convém recordar que, embora receba a denominação de tribunal, o TCU não integra o Poder Judiciário (art. 92 da CRFB), portanto nem os processos sujeitos à sua competência, nem os atos nele praticados são judiciais.

De qualquer forma, parece claro que o potencial sujeito ativo é apenas o magistrado de 1º grau, o qual, usualmente, determina a prática do ato em foco. Excepcionalmente, a medida pode ser deferida, nos tribunais, monocraticamente pelo relator (art. 932, inciso II, do CPC). Eventual deliberação por órgão colegiado, conquanto possa, em abstrato, sujeitar os respectivos membros à prática do delito, a nosso sentir, seria de ocorrência bastante improvável, posto que, para a imputação da responsabilidade, necessária se faz a individuação da culpabilidade de cada um dos agentes, no caso, dos membros do colegiado. Além disso, há outro aspecto de relevo, que adiante será abordado, o qual restringe, ainda mais, a possibilidade de enquadramento da conduta na figura típica quando a deliberação pela indisponibilidade emanar de órgão colegiado.

Do exposto, parece evidenciado que a norma visa alcançar, precipuamente, o magistrado de primeiro grau.

3 DA INDISPONIBILIDADE DE BENS E DAS MODALIDADES DE PROCESSO EM QUE A MESMA PODE SER DECRETADA

Por seu turno, como a lei se refere a processo judicial, pode o ato ser praticado em qualquer modalidade de processo, isto é, cível ou penal. Entendendo-se por cível todo aquele que não tenha por objeto a promoção da responsabilidade

pela prática de crimes ou contravenções, cuja sanção possa, em linha de princípio, consistir na temporária perda da liberdade de locomoção.

Na seara penal, a indisponibilidade é uma medida assecuratória (de índole cautelar), voltada a salvaguardar, precipua, mas não exclusivamente, os interesses da vítima, em razão dos efeitos patrimoniais deletérios que a infração penal proporcionou. Direciona-se, então, à restituição dos bens à vítima, ou ao pagamento do correspondente pecuniário, que lhe foram desfalcados em razão da conduta delituosa, bem como à composição de outros danos (materiais, morais e estéticos) que o ilícito penal tenha proporcionado⁸. Contudo, não são somente estes os escopos das medidas em foco, como já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

O entendimento dessa Corte é no sentido de que a realização de quaisquer das medidas assecuratórias previstas na legislação processual penal, tais como o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, tem por fim garantir tanto a reparação de dano *ex delicto* quanto à efetividade da multa pecuniária e ao pagamento das custas processuais que possam vir a ser impostas ao denunciado (REsp 1319345/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 3/9/2015).

Ativos financeiros são, em princípio, bens passíveis de penhora (art. 835, I a III e XIII, do CPC) e a penhora é uma consequência direta e imediata do decurso do prazo para pagamento do débito.

As medidas assecuratórias podem ser reais (CPP, arts. 125-144) ou de apreensão (CPP, art. 240, § 1º, b), porém, em qualquer caso, por se tratarem de medidas de natureza cautelar, o seu deferimento dá-se com fundamento em exame perfunctório, típico dessa modalidade de provimento jurisdicional. Dessa forma, para a decretação de medidas cautelares, mostra-se suficiente a certeza da materialidade e indícios de autoria, sendo certo que o seu deferimento *inaudita altera pars* não implica violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e, como já se afirmou: *O perigo na demora é insito às medidas assecuratórias penais, sendo desnecessária*

a demonstração de atos concretos de dissipação patrimonial pelos acusados. (STF, Pet 7069 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-095 publicado em 9/5/2019).

Na esfera cível, a indisponibilidade, na fase de conhecimento, resulta de ato jurisdicional revestido da natureza de tutela provisória de urgência cautelar, no que guardaria correlação com a indisponibilidade no âmbito penal. Por sua vez, na fase ou no processo de execução, a indisponibilidade decorre, no mais das vezes, de ato preordenado à satisfação da obrigação, ou seja, executivo típico.

Em qualquer das hipóteses, cognição ou execução, a indisponibilidade de ativos financeiros pode ser operacionalizada por intermédio do Sistema BACENJUD. Há previsão expressa, para tanto, no art. 854 do Código de Processo Civil, o qual, literalmente, determina que a medida seja promovida sem dar ciência ao executado.

A rigor, sequer é correto afirmar, em sede de cumprimento de sentença ou de processo de execução, que o executado possa ser surpreendido com a indisponibilidade de ativos financeiros. Ativos financeiros são, em princípio, bens passíveis de penhora (art. 835, I a III e XIII, do CPC) e a penhora é uma consequência direta e imediata do decurso do prazo para pagamento do débito⁹.

No momento em que intimado/citado para pagar o débito, o executado também tem ciência de que o não cumprimento da obrigação no prazo legal (quinze dias, no cumprimento de sentença; três, na execução ordinária e cinco, na execução fiscal), implicará a realização da penhora. Esse raciocínio é válido, inclusive, quando a citação tenha sido ficta (edital ou com hora certa), uma vez que, por envolver modalidades admitidas pelo direito (arts. 246, IV, e 252/254, do CPC), produzem o mesmo efeito das citações reais.

As ações de improbidade administrativa contam com expressa previsão quanto à possibilidade de, cautelarmen-

te¹⁰, ser decretada a indisponibilidade de bens dos réus, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao erário, não havendo necessidade de comprovação de que o demandado esteja praticando atos de disposição de seu patrimônio, pois o perigo de dano se perfaz *ex lege*, sendo inerente ao próprio microsistema das ações de improbidade¹¹. O montante indisponibilizado não se limita ao valor do eventual ressarcimento, mas também pode incluir a quantia correspondente à possível multa civil, como sanção autônoma¹².

A indisponibilidade de bens de que trata a Lei n. 8.429/1992 tem sido entendida como de aplicação no âmbito das ações civis públicas e populares, posto que todas essas ações integram o microsistema de proteção dos interesses e direitos coletivos¹³.

4 DA INCURSÃO NA CONDUTA TÍPICA

Neste momento, uma primeira conclusão pode ser alçada: por força do princípio da tipicidade¹⁴, somente está autorizada a caracterização da conduta cominada quando a indisponibilidade recair sobre ativos financeiros, não estando sujeita à qualificação como delituosa a conduta que resultar na constrição de outros bens arrolados no art. 835 do CPC, que não se subsumam ao conceito de ativo financeiro.

Por seu turno, hipótese interessante, e de ocorrência comum, consiste em a indisponibilidade atingir um conjunto formado por ativos financeiros e por outros bens. Nesse caso, o eventual excesso sobre o total dos bens poderia caracterizar a conduta delitiva ou, para tal fim, apenas deveria ser tomado o valor dos ativos financeiros bloqueados?

46

A precisão com que as condutas vedadas devem ser descritas na lei penal é um imperativo de segurança jurídica e encontra acolhimento no ordenamento jurídico pátrio por força do princípio da taxatividade [...]

A nosso sentir, dois aspectos concorreriam para que só os ativos financeiros sejam considerados. O primeiro seria, como visto, o fato de a indisponibilidade sobre bens diversos de ativos financeiros não se amoldar à descrição da conduta típica. Assim, para fins de imputação de responsabilidade penal, ao se pretender incluir os valores dos bens que não sejam ativos financeiros na apuração do montante considerado excessivo estar-se-ia extrapolando os limites objetivos da descrição da conduta típica e, portanto, violando o já mencionado princípio da tipicidade.

Ainda que se considerasse o somatório dos valores dos ativos financeiros e dos demais bens para caracterizar o excesso, um segundo aspecto relevante seria a circunstância de que, nos termos do CPC, a constrição sobre o dinheiro, como visto, é preferencial (art. 835, § 1º). Isso implicaria que o eventual excesso concorresse, de ordinário, para o desbloqueio dos demais bens e não dos ativos financeiros. Então, a constrição “abusiva” não estaria recaindo, em primeira análise, sobre os ativos financeiros, mas sim sobre outras modalidades de bens e, por conseguinte, importaria fato atípico. É evidente que sempre se poderia argumentar, tendo por base o princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC), que os ativos financeiros poderiam/

deveriam ser liberados, porém a aplicação do aludido princípio deve ser examinada de modo casuístico, reclamando o exame individualizado das circunstâncias envolvidas¹⁵, constituindo-se em exceção e não, em regra.

Conclui-se, então, que, conquanto a indisponibilidade possa abarcar diversos tipos de bens, para fins de caracterização da eventual incursão na conduta tipificada, o excesso de constrição punível deve ser examinado tendo por elementos de comparação, exclusivamente, o montante dos ativos financeiros constritos e o “valor estimado” do débito.

5 DA EXTRAPOLAÇÃO EXACERBADA: UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DO ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO

Visto, brevemente, o leque de hipóteses em que a indisponibilidade pode vir a ser concretizada, cabe, minimamente, comentar sobre o elemento normativo¹⁶ do tipo penal em foco. O tipo penal refere-se a “extrapolar exacerbadamente”.

Uma primeira observação que se pode fazer é no sentido da pouca objetividade da expressão, sendo certo que, mormente em se tratando de normas que disciplinam condutas passíveis de punição, a adequada apreensão do comportamento vedado ou reprimido se faz indispensável, pois sua imprecisão compromete a segurança jurídica, isto é, a possibilidade de o indivíduo antever os potenciais efeitos e consequências dos atos que se propõe a praticar.

No caso, parece pouco razoável admitir a adequação constitucional do aludido tipo penal, uma vez que a indeterminabilidade objetiva da conduta permite afirmar que o dispositivo legal está inquinado com nulidade, por conta de sua imprecisão, de sua vagueza (*void for vagueness*). Sobre a inconstitucionalidade das normas imprecisas, Eduardo Pitrez de Aguiar Correa¹⁷ (2011) assevera que:

Uma das mais famosas invocações da doutrina é atribuída ao Juiz Holmes, em *Nash v. United States*, quando, divergindo dos demais julgadores, advertiu-os dos riscos da indeterminação da lei penal, argumentando:

A lei é cheia de exemplos nos quais o destino de um homem depende de sua correta avaliação [...] Se o julgamento é errado, ele pode não somente incorrer numa multa ou numa prisão curta [...]; ele pode incorrer numa pena de morte.

A indeterminação inconstitucional de uma lei penal parte da compreensão de que “todo homem deve ser capaz de saber, com certeza, quando está cometendo um crime, de modo que “uma lei que proíbe ou obriga a uma ação em termos tão vagos que um homem de inteligência comum deve necessariamente adivinhar o seu significado [...] viola a essência básica do devido processo.

Associada à cláusula do devido processo legal e à máxima nela incorporada do *ubi jus incertum, ibi jus nullum*, a teoria invoca uma série de razões pelas quais se deve invalidar a norma penal indeterminada, com o objetivo de fazer prevalecer, em última instância, o *rule of law*, *not of men*.

A precisão com que as condutas vedadas devem ser descritas na lei penal é um imperativo de segurança jurídica e encontra acolhimento no ordenamento jurídico pátrio por força do princípio da taxatividade, o qual [...] *preside a formulação da técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador*

de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente permitido (DOTI, 2000, p. 60).

Ainda que assim não fosse, convém observar que a expressão em foco não conta com significado específico na ciência do direito, portanto deve ser examinada sob o prisma semântico. Assim, tem-se que extrapolar guarda a ideia de superar, de exceder determinado referencial, podendo ser entendido como “ultrapassar os limites” (HOUAISS, 2011, p. 1293). Por sua vez, exacerbar significa “tornar(se) mais intenso, avivar(se), agravar(se)” (HOUAISS, 2011, p. 1.279). Ou seja, aumentar significativamente, exagerar. O advérbio que conta com o mesmo radical denota a noção de algo que é feito com intensidade anormal. Logo, extrapolar exacerbadamente pode ser entendido como a conduta que ultrapassa limites de forma exagerada. No caso, implicaria exceder, em quantidade muito superior, o valor estimado para a satisfação da dívida.

A composição dos vocábulos utilizados perpassa a ideia de algo significativamente desproporcional; se, por um lado, extrapolar poderia até importar qualquer sobejamento – um centavo que o fosse –, de outro, exacerbadamente reclama que o excesso seja de grande extensão. Não há na norma um referencial claro para definir qual seja a exasperação do valor que o torne excessivo.

Por certo, a incriminação de condutas que impliquem a excessividade do valor indisponibilizado destina-se a impedir que, arbitrariamente, o investigado/réu/executado tenha por comprometida a livre disposição de seu patrimônio, ainda que temporariamente. Obstar que o patrimônio do indivíduo seja indevidamente amesquinhado por conta de uma ação estatal arbitrária foi uma preocupação do constituinte, o qual entendeu por interditar ao Estado atuações de forma irracional, desmedidas, na ocasião do exercício de sua atividade tributante (portanto, apta a comprometer o patrimônio dos indivíduos), vedando assim o confisco. É bem verdade que a noção de confisco, em razão da majoração de alíquo-

tas de tributos ou da instituição de alguma nova exação, não prescinde do exame do caso concreto. Nesse sentido, a Suprema Corte¹⁸ já assentou que as conjecturas sobre um incremento de tributação em comparação com a carga tributária já posta, tomada genericamente, não permitem, por si só, a conclusão quanto à gravosidade da atuação estatal. O tema então não conta com um referencial objetivo (numérico) para mensuração.

Se, no plano das obrigações tributárias principais, o STF não tem reconhecido a exacerbação tributária, a impedir a fixação de um referencial sobre os limites a serem observados, no que se refere às obrigações acessórias, o parâmetro já veio a ser fixado pela Corte Maior, a qual considera que os valores das multas punitivas são confiscatórios quando ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do montante do tributo devido. Então, somente quando o Estado intenta avançar sobre o patrimônio do contribuinte, com o intuito de perceber quantia oriunda de uma sanção tributária, que exceda o mesmo montante do tributo é que se observará um exagero e, por conseguinte, uma violação constitucional.

[...] a prévia determinação da quebra de sigilo bancário, com o intuito de evitar um incerto bloqueio excessivo, é mais gravosa aos direitos fundamentais do devedor do que submetê-lo ao risco em foco [...]

A questão em voga não é de índole tributária, bem como que a indisponibilidade não consiste na aplicação de uma sanção. Realmente, não é o caso, porém, o que se busca realçar são os limites de uma conduta estatal, que repercute sobre o patrimônio dos indivíduos, cuja imputação de abusividade foi questionada (não parece haver dúvida de que o confisco é um ato abusivo). Sob este enfoque, a indisponibilidade de ativos financeiros conta com características similares. Destaque-se que, na multa tributária, o Estado pretende, a título de aplicação de uma sanção, apropriar-se de parcela do patrimônio do contribuinte, isto é, intenta transpor patrimônio do indivíduo para o erário. Por sua vez, a indisponibilidade de bens detém natureza instrumental, não é um fim em si mesma, mas ape-

nas uma medida voltada a resguardar ou viabilizar a futura satisfação de um crédito, cujo titular nem sempre será o Estado. Nesse caso, o atuar do Estado, na qualidade de Estado-juiz, tem o escopo de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Partindo, assim, da necessária coerência interna que deve orientar o sistema jurídico, uma primeira possível conclusão seria no sentido de que a qualificação como abusiva de uma ação estatal menos gravosa – a indisponibilidade – somente deve ser admitida, quando, no mínimo, houverem sido ultrapassados os limites já gizados no ordenamento jurídico que permitiriam atribuir idêntica qualificação à atuação mais gravosa – imposição de multa em valor excessivo (confisco).

Vejamos, então, outra circunstância em que a lei busca evitar que a falta de razoabilidade do Estado, no âmbito processual, cause substancial prejuízo patrimonial ao devedor, falamos da arrematação, em leilão judicial, por preço vil.

O artigo 891 do Código de Processo Civil, estabelece que nos leilões judiciais não será aceito lance que ofereça preço vil, assim entendido aquele estipula-

do pelo juiz, constante do edital, ou, em não havendo expressa definição, aquele inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação. É dizer, a lei processual, em regra, não admite que o patrimônio do executado seja transferido para outrem com depreciação superior a cinquenta por cento de seu valor. Haveria, em princípio, abusividade na ação estatal que não respeitasse tal limite.

Então, o Estado não pode causar grave ao executado que implique perda que sobeje metade do valor de avaliação do bem penhorado.

Na forma supra, extrai-se do ordenamento jurídico duas hipóteses, uma jurisdicional outra legislativa, nas quais foram firmados marcos limitativos da incursão estatal sobre o patrimônio dos indivíduos, delimitando o que deve ser tomado

como razoável, sendo certo que tais marcos, conquanto dotados de diferentes ordem de grandeza – 100% e 50% –, indicam que a noção de abusividade não se coaduna com transpasses de limites de reduzida significância.

Impende ressaltar que, embora em valores absolutos um excesso de constrição possa ser considerado como de elevada monta, a sua eventual indisponibilidade, por si só, não permitiria enquadrá-lo no conceito em foco, necessário seria que, em termos proporcionais, o montante excedesse, substancialmente, o valor estimado como devido.

Como dito, extrapolar pressupõe a existência de um referencial, implicando que se proceda à comparação entre o excesso e o referencial. O ato de comparar acarreta *relacionar (coisas animadas ou inanimadas, concretas ou abstratas, da mesma natureza ou que apresentem similitudes) para procurar as relações de semelhança ou de disparidade que entre elas existem* (HOUAISS, 2001, p. 773).

[...] a prévia determinação da quebra de sigilo bancário, com o intuito de evitar um incerto bloqueio excessivo, é mais gravosa aos direitos fundamentais do devedor do que submetê-lo ao risco em foco [...]

Comparações devem ser promovidas observando-se um determinado contexto. No caso, compara-se o valor do excesso com o valor estimado do débito, uma vez que o tipo penal aduz à “quantia que **extrapole exacerbadamente o valor estimado** para a satisfação da dívida”. Assim, a comparação não visa aferir qual das quantias é maior (valor absoluto), mas sim quanto uma delas representa em relação à outra (proporção), pois o que se pretende é atribuir a uma das quantias determinada qualificação (exacerbada) a partir do cotejo com a outra. Logo, em se tratando de referencial numérico, a aferição da discrepância (do excesso) deve se dar em termos de proporção (de relação percentual).

Imaginemos a hipótese em que houve uma constrição a maior da ordem de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Por certo, o montante é elevado. Todavia, tal indisponibilidade não extrapolaria, exageradamente, o valor estimado do débito, caso este fosse, por exemplo, da ordem de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), uma vez que a desproporção entre os valores – 10% (dez por cento) – não seria, comparativamente, exagerada. Com efeito, cabe ter em mente a relação percentual entre o excesso e o montante da dívida, devendo esta proporção ser substancial para fins de caracterização da exacerbção.

6 DA EFETIVA CONDUTA TIPIFICADA

De outra feita, de extrema relevância é observar que o tipo penal não pune, a rigor, a decretação da indisponibilidade exacerbada, mas sim a não exclusão do excesso. É que o preceptivo legal se vale de uma conjunção aditiva “e” para unir duas orações definidoras de comportamentos: a primeira, decretar a indisponibilidade excessiva; a segunda, deixar de corrigi-la ante a demonstração, pela parte, de sua excessividade.

Vejamos, novamente, a descrição da conduta típica:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade

de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la.

A descrição induz a classificação como plurissubsistente para o crime em tela. É sabido que “Há crime plurissubsistente quando o processo executivo se compõe de vários atos ou etapas, de modo a caracterizar o *iter criminis*.” (DOTTI, 2001, p. 379).

Para nós resta claro que, a rigor, a conduta cominada seria determinar a indisponibilidade excessiva e deixar de liberar o excesso da constrição, quando demonstrado que este sobeja, de forma exacerbada (e não de modo pouco significativo) determinado montante, o qual a lei denomina como o valor estimado da dívida. Decretar a indisponibilidade e não desbloquear o excesso são condutas que devem coexistir. Sem isso, o tipo penal não se concretiza faticamente.

Nesta senda, a mera decretação da indisponibilidade, por mais gravosa e exacerbada que seja, por si só, não caracterizaria a prática do delito em testilha. Isso afasta uma preocupação que teria se instalado no sentido de que a mera utilização do Sistema BACENJUD importaria expor os magistrados ao risco de incorrer na conduta delituosa. O receio adviria de, em virtude da forma como é realizada a pesquisa de ativos financeiros no aludido sistema, ser possível que a quantia objeto da indisponibilidade seja constricta, integralmente, em mais de uma instituição financeira com as quais o executado mantenha vinculação. Desse modo, possível é que sejam efetuados bloqueios em bancos diferentes, cujo somatório supere, às vezes em muito, o valor solicitado. Hipoteticamente, determina-se o bloqueio de R\$ 20.000,00 e são constrictos R\$ 80.000,00, pois o executado mantinha depósitos iguais ou superiores a R\$ 20.000,00 em quatro instituições financeiras diferentes.

A hipótese mencionada é de possível ocorrência. Todavia, dispõe de disciplina própria no regramento processual civil, a evidenciar que o legislador já havia antevisto que o bloqueio, embora requerido nos limites do débito exequendo, poderia vir a excedê-lo. Por tal razão, a norma processual estatui que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas da resposta apresentada pela instituição financeira, o juiz determine, de ofício, o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva (art. 854, § 1º, do CPC). Então, a possibilidade de um bloqueio inicial ultrapassar os limites em que foi solicitado faz parte da sistemática da penhora de ativos financeiros e já foi sopesada pelo legislador, não podendo dita ocorrência, *ipso facto*, ser considerada criminosa. Ademais, como dito, o delito somente se aperfeiçoa na hipótese de indevida recusa do magistrado em proceder ao desbloqueio requerido pela parte.

Além disso, se a determinação de bloqueio emanada do juízo corresponde ao exato valor do débito, eventual constrição a maior, adviria de fato que não está sob o controle do magistrado, qual seja, a manutenção pelo devedor de valores superiores ao débito em mais de uma instituição financeira. Não haveria então dolo, muito menos específico, sendo certo que a circunstância em foco afastaria, no mínimo, a culpabilidade, ante a inexistência de conduta diversa, pois não pode o magistrado deixar de cumprir o seu dever legal (determinar a constrição,

quando presentes os requisitos que a autorizam), tendo por base a especulação, desprovida de elementos materiais indicativos de seu razoável grau de probabilidade, de que o excesso possa concretizar-se no plano dos fatos.

A rigor, para obstar o risco de eventual constrição excessiva ter-se-ia que, previamente, adotar a irrazoável medida de quebra do sigilo bancário¹⁹ do devedor, pois só assim seria dado ao magistrado ter ciência do patrimônio financeiro do devedor e direcionar sua conduta (decretar a indisponibilidade) de modo a não ultrapassar o valor do débito. Em juízo de ponderação, por certo, há de se concluir que a prévia determinação da quebra de sigilo bancário, com o intuito de evitar um incerto bloqueio excessivo, é mais gravosa aos direitos fundamentais do devedor do que submetê-lo ao risco em foco, mormente, quando a circunstância de o risco vir a ser convertido em fato (a constrição a maior) conta com específica disciplina legal, definindo o célebre procedimento a ser adotado.

Cumprido ressaltar que o mero decurso do prazo fixado pela lei processual, sem o desbloqueio do excesso, não caracteriza a conduta típica, eis que não materializada, ainda, a segunda parte da definição legal do delito. Para ocorrência concreta do crime, necessário se faz que o interessado demonstre ao julgador o excesso da medida, posto que o tipo legal registra a seguinte explicitação: “ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida”. Destarte, será o requerimento do interessado, apontando e comprovando o excesso, que irá permitir o desencadear dos fatos que poderão, ou não, caracterizar a incursão na conduta típica. Diga-se, desde logo, que não basta o requerimento, posto que este, nos termos do artigo 10 do CPC, deve ser submetido ao contraditório, e à posterior manifestação judicial, a qual, em linha de princípio, conta com o prazo de 10 (dez) dias úteis para ser externada (art. 226, inciso II, do CPC).

Como mencionado, a caracterização do delito por força de ato de órgão judicial colegiado é bastante remota, uma vez que, salvo eventual hipótese de ação sujeita à competência originária, os atos de decretação e desbloqueio, embora

possam ser determinados pelos tribunais, são materializados pelos juízos de 1º grau. Ademais, via de regra, a decretação da indisponibilidade pelos tribunais ocorre no bojo de um recurso, no qual, presume-se, a parte ré poderá se manifestar, sendo o deferimento da indisponibilidade uma consequência do não acolhimento dos argumentos do réu. Logo, no caso, a “demonstração, pela parte, da excessividade da medida” a que alude a descrição do tipo não teria sido caracterizada. Eventual decisão de tribunal superior entendendo pelo excesso, não parece, de ordinário, permitir a caracterização do delito, tal como tentaremos demonstrar mais à frente.

O tipo penal também peca, no ponto em espeque, por sua falta de clareza. Como dito, o referencial para a caracterização da conduta delitiva perpassa pelo cotejo entre o excesso de constrição e o valor estimado débito. Portanto, é preciso que seja decretada a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que ultrapasse significativamente o valor estimado para a satisfação da dívida. O que entender, então, por valor estimado?

Sobre o vocábulo “estimação”, De Plácido e Silva (1987, p. 215/216) nos esclarece que:

*Derivado do latim aestimateo, de aestimare (dar valor, avaliar, calcular), no sentido jurídico sempre foi tido na acepção de **apreciação, cálculo do valor, avaliação**. E, nesse conceito, aplicavam-no já os romanos, quando diziam: venire in aestimationem (**ser avaliado ou taxado**). Mas, **estimação**, nesta acepção, possui amplo sentido: é não só o ato de atribuir o preço ou o valor de alguma coisa, como **calcular o valor, ou seja, a própria avaliação**.*

[...]

*Em qualquer dos casos, em que se apresente, **estimação** será sempre a procura do valor ou o cálculo do **preço de alguma coisa**, a fim de que se verifique não só preço econômico ou de troca, como o próprio valor de uso ou de afeição, quando este possa ser também computado numa **apreciação econômica**. (g.n.)*

Estimativa, então, é *indicativo do ato pelo qual se procede a uma estimação. É o cálculo ou o arbítrio empreendido para evidência do valor ou estimação*

da coisa (SILVA, p. 216).

O sentido de “estimar” guarda liame com as coisas (bens) e, portanto, traz a noção de avaliação. Avaliar pode ser entendido como ato realizado em juízo²⁰ que tem a finalidade de tornar conhecido a todos os interessados o valor aproximado dos bens a serem utilizados como fonte dos meios com que o juízo promoverá a satisfação do crédito do exequente (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 535).

O montante exigido em juízo é aquele representativo de uma obrigação. E obrigações, para serem executadas, demandam liquidez²¹. Líquida é a obrigação cuja determinabilidade do seu valor está configurada. Assim, liquidar importa estabelecer o montante representativo da obrigação, em fixar-lhe a exata extensão, o *quantum debeatur*.

Como visto, o montante que importa uma obrigação não é, a rigor, objeto de avaliação (estimação), mas sim de liquidação. Nas ações relativas às obrigações de pagar quantia, conquanto tenha sido formulado pedido genérico, a sentença deve ser líquida, ou seja, deve definir a extensão da obrigação, salvo se não for possível, desde logo, determinar, de modo definitivo, o montante devido ou a apuração deste demandar instrução demorada ou excessivamente dispendiosa (art. 491 do CPC). A impossibilidade da determinação do valor impõe sua remessa à apuração por liquidação (art. 491, § 1º, do CPC).

A nosso sentir, estimar guarda correlação com avaliar e consiste na apuração do valor a ser atribuído às coisas (bens) em razão de suas qualidades intrínsecas ou extrínsecas. Nesse caso, a avaliação (estimação) não define se o montante do débito em cobrança está correto ou não, mas, apenas, quantifica o valor de um bem constrito, permitindo que se afira sua potencial capacidade de satisfazer a quantia exigida em uma execução.

Então, parece claro que a expressão “valor estimado” não deveria corresponder ao valor da obrigação definitivamente fixado. Caso o “valor estimado” se confunda com o “valor definitivo” (alterável somente mediante rescisão da decisão que o fixou ou na hipótese de erro material), a indisponibilidade excessiva reclamaria a prolação de decisão que deixasse

de observar o aludido montante. Nesta senda, chamaremos de hipótese “A” aquela em que o valor do débito corresponde a “X” e a indisponibilidade foi determinada no valor de R\$ “3X”. O descompasso entre os valores, por certo, caracterizaria um erro material, que poderia ser corrigido de ofício ou a requerimento do devedor. Assim, afastada estaria a realização material da segunda parte da conduta descrita no tipo: “deixar de corrigi-la”.

Constitui-se em cenário assaz esdrúxulo supor que, na situação hipotética em foco, um magistrado, ciente de que o montante definitivo que importa o débito é de “X” e alertado quanto ao equívoco, mantivesse a indisponibilidade no importe de “3X”, sem uma justificativa deveras plausível²². Por certo, uma hipótese tão pouco razoável como essa permitiria inferir que o agir do magistrado poderia ter a finalidade específica de prejudicar outrem ou de beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, de atender mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, § 2º da Lei n. 13.869/2019), porém, a alegoria em tela envolveria uma situação que extrapola o razoável e o cotidiano forense. De qualquer sorte, insta recordar que o ônus de demonstrar o dolo específico na conduta do magistrado será da acusação, pois *No sistema acusatório adotado no processo penal brasileiro, é ônus da Acusação provar que o denunciado praticou as elementares do tipo penal*²³.

Se esta era a hipótese vislumbrada pelo legislador, não se demonstra exagerado afirmar que, excluída a função preventiva da prescrição penal, pouco sentido haveria em instituir tal cominação. Ressoa muito pouco provável que, no plano dos fatos, confluem todas as circunstâncias que deveriam se fazer presentes para a imposição da sanção: valor do débito não mais passível de discussão, decretação da indisponibilidade a maior, excesso indubitado e exacerbado, ciência do excesso e indevida recusa em proceder à retificação.

50

O eventual descompasso entre a sua decisão e o entendimento firmado pelos órgãos superiores não pode, por si só, implicar a caracterização de uma conduta delituosa em que tenha incorrido o julgador [...]

Ademais, já existe no ordenamento jurídico figura típica voltada a punir o agente público que retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: a prevaricação (art. 319 do Código Penal)²⁴.

Outra possibilidade interpretativa segue no sentido de que o valor estimado não se confundiria com o valor definitivo, mas sim com um montante ainda sujeito a questionamentos. Veja-se que a expressão “valor estimado” e o vocábulo “estimativa” são identificados no texto do Código de Processo Civil, e indicam uma quantia afirmada por uma das partes e sujeita ao crivo das demais²⁵.

Atribuir ao “valor estimado” o sentido mencionado aparenta ser mais compatível com a estrutura do dispositivo penal em tela, que aduz à “demonstração, pela parte, da excessividade”, ou seja, sugere ter havido algum debate quanto ao correto valor. Se assim for, estar-se-ia, então, diante de uma hipótese de ocorrência mais comum, que chamaremos

de hipótese “B”, na qual o autor informa, por exemplo, ser de “3X” o valor do débito, determinando-se a indisponibilidade no exato montante, vindo, em seguida, o réu a alegar que o valor correto seria “X”. Concluindo-se que o valor correto seria “X” e não “3X”, caberia ao magistrado (antes ou após preclusa a decisão, como entender adequado ao caso) reduzir a constrição ao montante correto. Se não o fizesse, em linhas bem gerais, poderia incorrer na conduta típica.

Nesse caso, a pergunta a ecoar seria: se o magistrado já concluiu que o valor correto seria “X” e não “3X”, e estando preclusa a decisão, por qual razão deixaria de proceder à liberação do excedente? O que o motivaria a agir de forma tão irrazoável, nesse específico caso, pareceria pertinente cogitar estar o magistrado imbuído de uma “finalidade específica de prejudicar” (art. 1º, § 2º, da Lei n. 13.869/2019), tal como se daria na hipótese “A”, na qual o valor do débito já havia sido definitivamente fixado.

Sobressai importante realçar que, ao se conferir ao “valor estimado” o sentido de valor apontado por uma das partes e ainda passível de exame, um aspecto importante se descortina: a definição do enquadramento na figura típica passa a ter como foco o valor do débito. É dizer: a caracterização do delito demandaria o prévio debate em torno do real montante da dívida. Assim, chamaremos de hipótese “C” aquela que nos parece ser recorrente no cotidiano forense: afirmado pelo autor que o débito importaria “3X”, a indisponibilidade é realizada com base no referido montante. Em seguida, o réu apresenta impugnação, sustentando que o valor correto seria “X”. O magistrado, então, examina os argumentos e provas e decide que o correto é “3X”, ou outro valor, menor que “3X”, mas superior ao pretendido pelo réu. Se não houver recurso, o montante se tornará, em princípio²⁶, definitivo e imutável, produzindo a certeza quanto ao valor que importa a dívida. Nesse caso, excluída a possibilidade de rescisão da decisão, não mais se poderá falar em “excessividade” e, por conseguinte, em enquadramento na figura típica, pois a eventual indisponibilidade efetuada no montante em tela estará correta, sob o prisma jurídico, descabendo falar em “abusividade”.

E se houver recurso? Por óbvio, se o recurso não for provido, recair-se-á na mesma situação anteriormente mencionada e não se cogitará de crime. Mas se o recurso for integralmente provido (isto é, o valor correto seria “X” e não “3X”), haveria, em tese, a possibilidade de caracterizar o delito? Cremos que, em condições normais, não.

Impende destacar que o magistrado, ao decidir pelo valor entendido por ele como correto, exerceu sua atividade de forma regular. O eventual descompasso entre a sua decisão e o entendimento firmado pelos órgãos superiores não pode, por si só, implicar a caracterização de uma conduta delituosa em que tenha incorrido o julgador; se assim fosse, apenar-se-ia o juiz por uma divergência de interpretação²⁷ e, com isso, romper-se-ia um dos pilares que sustenta a concretização de uma ordem jurídica justa: a independência do magistrado, externada por intermédio de seu convencimento motivado. Veja-se que,²⁸ já se pronunciou no sentido de que:

O magistrado **não pode ser punido ou prejudicado** pelas opiniões que manifestar ou **pelo teor das decisões que proferir**, exceto se, ao agir de maneira abusiva e com o propósito ine-

quívoco de ofender, incidir nas hipóteses de impropriedade verbal ou de excesso de linguagem (LOMAN, art. 41). A *ratio* subjacente a esse entendimento decorre da **necessidade de proteger os magistrados no exercício regular de sua atividade profissional**, afastando – a partir da cláusula de relativa imunidade jurídica que lhes é concedida – a possibilidade de que sofram, mediante **injunta intimidação representada pela instauração de procedimentos penais ou civis sem causa legítima, indevida inibição quanto ao pleno desempenho da função jurisdicional**. A crítica judiciária, embora exteriorizada em termos ásperos e candentes, não se reveste de expressão penal, em tema de crimes contra a honra, quando, manifestada por qualquer magistrado no regular desempenho de sua atividade jurisdicional, vem a ser exercida com a justa finalidade de apontar equívocos ou de censurar condutas processuais reputadas inadmissíveis. Situação registrada na espécie dos autos em que o magistrado, sem qualquer intuito ofensivo, agiu no estrito cumprimento do seu dever de ofício. (g.n.)

Não parece ser por outra razão que a própria Lei n. 13.869/2019 estaria, na hipótese vertente, a afastar a tipicidade da conduta, ao assentar que “A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade” (art. 1º, § 2º).

Assim, se o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, concluiu, motivadamente, em determinado sentido, a rejeição de suas conclusões por órgão judicial mais elevado, não o sujeitará à reprimenda penal, salvo se adequadamente demonstrado o descumprimento do seu dever de imparcialidade, medianamente caracterização do *animus nocendi*, do desiderato de prejudicar a parte.

Ao fim e ao cabo, pelas incertezas que proporciona, parece-nos que o texto legal, no que pertine ao tema ora abordado, também não prima pela necessária clareza.

7 DA INDISPONIBILIDADE E DA IMPENHORABILIDADE

Aspecto relevante a ser abordado consiste no fato de que somente podem ser indisponibilizadas coisas passíveis de penhora. Bens impenhoráveis, salvo ex-

ceções legais, não se sujeitam à indisponibilidade. Assim, não é impossível, pelo contrário, é bastante comum, que, no âmbito da decretação da indisponibilidade, sejam discutidas questões relativas à impenhorabilidade de determinados bens²⁹, podendo o julgador concordar ou não com as alegações do investigado/réu/executado.

Contudo, a eventual decisão do julgador que entenda por manter a indisponibilidade sobre ativos que a parte considera impenhoráveis não pode, em abstrato, atrair a aplicação do tipo penal. É que, conquanto a segunda parte do tipo reporte-se à “excessividade da medida” – e, por certo, a não liberação de bens impenhoráveis torna a constrição mais intensa do que seria cabível – não se pode olvidar que a primeira parte da disposição legal é expressa em cominar a conduta que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida, então o aspecto relevante para a incursão na conduta típica é o montante da dívida, não sendo colhidas pela norma incriminadora discussões sobre a impenhorabilidade de determinado bem, embora a sua eventual constrição possa tornar incorreta a extensão do ato de indisponibilidade.

A impenhorabilidade, salvo exceções legais³⁰, é oponível em qualquer tipo de processo, não guardando correlação com o montante do valor exequendo. Diz respeito, apenas, à delimitação da parcela do patrimônio do executado que estará disponível para satisfação do crédito (art. 789 do CPC). Em suma, o afastamento da impenhorabilidade não majora a quantia em cobrança e, por conseguinte, não se insere no contexto do tipo penal em foco.

8 À GUIA DE CONCLUSÃO

A norma legal objeto deste opúsculo, como se pode observar, padece de flagrante indeterminação, circunstância a orientar no sentido de que esta não se encontra revestida da necessária higidez constitucional que lhe autorize a aplicabilidade. Além disso, por descrever um crime plurissubsistente, apenas quando concluído todo o *iter* de comportamentos descritos na norma é que se poderá ter, em tese, por aperfeiçoada/consumada a conduta cominada. Não restando

estar caracterizada em razão da mera decretação da indisponibilidade de ativos financeiros, embora excessiva, sendo certo que a excessividade pressupõe um extravazamento substancial do valor do crédito em cobrança, a ser analisado não com base nos valores absolutos, mas sim à luz da proporção existente entre o excesso identificado e o crédito em cobrança; não podendo ser considerado, para fins de apuração do excesso, qualquer quantia relativa a bens indisponibilizados que não consistam em ativos financeiros.

NOTAS

- 1 Em lição que ainda se demonstra adequada para o atual ordenamento processual, Araken de Assis (2009, p. 667) leciona que: *A lei organiza os bens em certas classes, [...], visando à facilidade da conversão do bem em dinheiro – ou seja, a “liquidez” do bem* (vide artigo 656, V, *in fine*) –, o que naturalmente compreende boa dose de álea. A gradação estabelecida para a efetivação da penhora, assentou a 2ª Turma do STJ, tem caráter relativo, já que seu objetivo é realizar o pagamento do modo mais fácil e célere.
- 2 O senso comum parece indicar que a constrição de dinheiro em depósito ou de outros ativos financeiros seja mais prejudicial ao devedor do que a de outros bens. A aludida percepção, por certo, decorre do fato de a referida constrição comprometer, de modo mais imediato, a capacidade financeira do devedor (seus recursos disponíveis para pronta utilização). Todavia, o mesmo efeito não ocorre, necessariamente, em relação à sua capacidade econômica (o montante de seu acervo patrimonial). Em verdade, como apontado, a constrição de dinheiro permite um mais célere cumprimento da obrigação, mas nem sempre é mais onerosa para o devedor. Quando a constrição se dá sobre o dinheiro, a redução patrimonial a que se sujeita o devedor/executado corresponde, direta e imediatamente, ao valor a ser abatido no crédito exigido (v.g. constrita e revertida em favor do credor a quantia de R\$ 10.000,00, o mesmo valor será abatido do débito). Tal hipótese, em geral, não ocorre com os demais bens. Excluída a pouco usual adjudicação de bens realizada antes do leilão ou da alienação por iniciativa privada (que deve se dar, ao menos, pelo valor da avaliação – art. 876 do CPC), as outras modalidades de bens são arrematadas por valores, usualmente, inferiores ao apurado na avaliação (um bem avaliado em R\$ 10.000,00 pode ser arrematado, em princípio, por até R\$ 5.000,00 – art. 891, parágrafo único, do CPC). Desse modo, embora o desfalecimento do patrimônio do executado se dê pelo valor da avaliação, a satisfação da dívida se dará pelo montante auferido na arrematação. Imaginemos que o patrimônio do devedor é da ordem de R\$ 100.000,00 e que seu único débito é de R\$ 10.000,00. Portanto, o patrimônio líquido seria de R\$ 90.000,00. Se os R\$ 10.000,00 forem objeto de constrição em dinheiro, o patrimônio líquido continuará sendo de R\$ 90.000,00. Contudo,

se a penhora recair sobre outros bens, haverá a expectativa de que a redução patrimonial seja de R\$ 10.000,00 (valor da avaliação), circunstância na qual o patrimônio líquido do devedor permanecerá nos mesmos R\$ 90.000,00. Porém, partindo da premissa de que, no leilão judicial, os licitantes buscam adquirir bens por valores inferiores àqueles praticados pelo mercado (preço de oportunidade), o bem pode não vir a ser arrematado por montante igual ao da avaliação (R\$ 10.000,00), mas, por exemplo, por R\$ 7.000,00, situação na qual ainda restará um saldo a cumprir, no caso, de R\$ 3.000,00. Logo, o patrimônio líquido do devedor será reduzido para R\$ 87.000,00 (R\$ 90.000,00 – R\$ 3.000,00). A penhora em dinheiro, então, tornaria melhor a situação econômica do executado. Parece razoável afirmar que, caso o devedor tivesse de negociar a alienação de algum de seus bens, para recompor sua situação financeira, com maior probabilidade, a negociação por ele conduzida resultaria na percepção de uma quantia maior que aquela obtida em arrematações judiciais. Não se descarta a possibilidade de a arrematação se dar por valor maior que a avaliação, porém esta é uma hipótese de reduzida ocorrência. A constrição de dinheiro ou de ativos financeiros parece ser mais impactante do que a de outros bens por proporcionar, de modo mais imediato, a sensação de supressão forçada da propriedade, produzindo, via de regra, um sentimento de insatisfação e resistência. O arresto ou a penhora de outros bens, mormente quando o devedor se mantém na posse direta, na condição de depositário, não induz, usualmente, a mesma sensação de perda. Contudo, embora a constrição de dinheiro pareça ser mais gravosa, produzindo um impacto psicológico maior, nem sempre a impressão condiz com a realidade econômica que se descortina para o devedor. Por fim, observe-se que conforme entendimento jurisprudencial firmado por este Superior Tribunal de Justiça, além de obedecer à gradação prevista no art. 835 do CPC/15, a penhora on-line via sistema BacenJud não ofende o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor – REsp 1.112.943/MA, processado sob o rito do art. 543-C do CPC. (STJ, AgInt no REsp 1798049/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 30/8/2019)

3 Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. § 1º [...] § 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

4 Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los

ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.

5 Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

6 Exemplificativamente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS pode assim proceder com esteio no art. 24-A da Lei n. 9.656/1998.

7 Nesse sentido: Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma [...] (STF, HC 94030, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, publicado em 13/6/2008)

8 Dispõem, respectivamente, o Código Penal e o Código de Processo Penal: Art. 91 – São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; e art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

9 Dispõe o CPC: Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. [...] § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.”

10 Lei n. 8.429/1992 – “Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

11 Nesse sentido, consulte-se o Recurso Especial n. 1808375/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 11/9/2019, bem como o Recurso Especial n. 1366721/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 19/9/2014.

12 Nesse sentido: STJ, REsp 1.319.515/ES, Rel.

Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21/9/2012; STJ, AgRg no REsp 1.383.196/AM, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 10/11/2015; AgRg no REsp 1.260.737/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 25/11/2014; AgRg no REsp 1.414.569/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 13/5/2014.

13 Exemplificativamente, confira-se no STJ, o AgInt no REsp 152617/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 22/5/2017.

14 Sobre a tipicidade, segundo Roxin (2002, p. 190/191): Esta ação deve ser típica, isto é, ela deve corresponder a uma das descrições de delitos que, nos casos mais importantes se encontram na parte especial do Código Penal [...]. A estrita vinculação à tipicidade é uma decorrência do princípio *nulum crimen sine lege* [...]. Ao contrário do que ocorre no Direito Civil, onde se podem deduzir consequências jurídicas diretamente de princípios gerais de direito, no Direito Penal só é possível dizer o que é uma ação punível através da utilização de tipos. Para além disso, não se pode deixar de ter em mente que A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. (STF, HC 97772, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, publicado em 20/11/2009).

15 Nesse sentido: A jurisprudência desta egrégia Corte se orienta no sentido de considerar que o princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) pode, em determinadas situações específicas, ser invocado para relativizar a ordem preferencial dos bens penhoráveis estabelecida no artigo 655 do Código de Processo Civil (AgRg no AREsp 848.729/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe de 17/3/2016). (STJ, AgInt no REsp 1315623/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 25/6/2019)

16 Segundo René Ariel Dotti (2000, p. 312/313): Os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão o intérprete não pode se limitar a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve proceder a uma interpretação valorativa. Conforme Luisi, não são, portanto, elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias uma significação, um valor.

17 Sobre a doutrina da nulidade por vagueza, o autor afirma, ainda: A doutrina da nulidade por vagueza oferece uma série de argumentos importantes no tratamento do problema da lei penal indeterminada. Em uma perspectiva científica, é interesse observá-los, na medida em que, embora seja possível atribuir ao modelo iluminista o seu surgimento, desde então, em relação aos sistemas de orientação germânica, o desenvolvimento da *void-for-vagueness* ocorre de maneira relativamente independente.

Ainda que o seu aproveitamento no contexto jurídico brasileiro esteja aberto ao debate, é

importante refletir, desde logo, sobre a reafirmação dos fundamentos constitucionais e penais que cercam a determinação taxativa da norma penal, sobretudo quando se percebe que, mesmo um sistema de tradição consuetudinária, como o norte americano, ultrapassando a metodologia dos common law crimes, recorre a uma concepção de direito relativamente predeterminado, tratam de estabelecer os pressupostos para a imposição da responsabilidade criminal.

Entre as contribuições mais notáveis que aparentemente se extraem do doutrina, está a construção de que a lei penal vaga, para além de ameaçar a liberdade, em determinados espaços de atuação, implica um efeito dissuasório ao exercício de outros direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos e mesmo estimulados, desvelando a conexão da legalidade, com seu mandamento de determinação taxativa, com a preservação de um regime de direito fundamentais, e sua essencialidade para a estrutura própria do estado democrático de direito.

- 18 STF, Recurso Extraordinário 448432 AgRg, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, publicado em 28/5/2010.
- 19 Não se pode olvidar que a garantia à inviolabilidade do sigilo bancário não é absoluta, admitindo a obtenção de tais dados por meio de ordem judicial fundamentada. (STF, RHC 137074, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado em 16/12/2016). Contudo, o afastamento desta, por estar submetido ao timbre da excepcionalidade, reclama a exposição de "[...] fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional". (STF, HC 96056, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, publicado em 8/5/2012). Logo, conquanto a quebra de sigilo bancário não seja vedada, a sua indiscutível onerosidade sobre a intimidade do indivíduo obsta a banalização da medida. A utilização do Sistema Bacenjud é menos gravosa, pois não implica quebra de sigilo. À exceção das informações sobre os montantes bloqueados e as respectivas instituições financeiras em que foram identificados ativos, nenhum outro dado financeiro do devedor circula pelo aludido sistema. Em verdade, são as ordens judiciais (bloqueio, desbloqueio, transferência etc.) e as informações quanto ao cumprimento destas que transitam pelo sistema.
- 20 A avaliação é procedida pelo oficial de justiça avaliador ou pelo perito (art. 154, art. 156 c/c 464, *in fine* e art. 872 do CPC).
- 21 Dispõe o art. 803, inciso I, do CPC que: "Art. 803. É nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível." (g.n.)
- 22 Apenas a título de exemplo, observo que, em abstrato, há amparo legal para manutenção de indisponibilidades (constrições) excessivas, quando, em sede de execução fiscal, quitado o débito exigido, remanesçam valores a desbloquear, porém o devedor conta com outros débitos em execução não devidamente garantidos. Esta possibilidade decorre da interpretação atribuída ao art. 53, § 2º, da Lei n. 8.212/1991, cuja aplicação é chancelada pela jurisprudência superior. No caso, confira-se, v.g., STJ, AgInt no REsp 1736354/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 11/3/2019. Aqui, então, a retenção do

excesso estaria amparada pela legislação e, em hipótese alguma, poderia caracterizar o delito em comento.

- 23 STJ, AgRg no AREsp 1345004/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 29/3/2019.
- 24 Relevante é observar que a prevaricação é punida com pena de detenção, de três meses a um ano, e multa; enquanto o delito em foco é sancionado com pena assaz superior: detenção, de um a quatro anos, e multa. Não se consegue divisar qual a razão de condutas similares receberem cominações tão díspares. A escala penal do crime em tela é idêntica à de infrações em que há exposição da vida a perigo, tais como perigo de contágio (artigos 131 e 132 do CP), maus-tratos (art. 136 do CP), explosão (art. 251 do CP), uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252 do CP); ou, ainda, em hipótese de mais acentuada gravame ao patrimônio, como é o caso do furto (art. 155 do CP), da apropriação indébita (art. 168 do CP) e da receptação (art. 180 do CP). À luz do exposto, não seria irrito sustentar uma aparente desproporcionalidade na fixação da resposta penal para a conduta em tela, a indicar um eventual excesso legislativo, não compatível com o ordenamento constitucional.
- 25 Exemplificativamente: Art. 663. [...] **Parágrafo único.** A reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, **impugnar a estimativa**, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados. (g.n.) Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a **atribuição de valor aos bens do espólio** e o plano da partilha. § 1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público **impugnar a estimativa**, o juiz nomeará avaliador, que oferecerá laudo em 10 (dez) dias. Art. 809. [...] § 1º Não constando do título o valor da coisa e sendo impossível sua avaliação, o exequente **apresentará estimativa**, sujeitando-a ao arbitramento judicial. (g.n.) Art. 871. Não se procederá à avaliação quando: I – uma das partes **aceitar a estimativa feita pela outra**; [...] É possível que o debate e a decisão sobre o valor não assumam foros de definitividade, pois poderemos estar diante de uma decisão de natureza cautelar (em geral, liminar), hipótese na qual, a rigor, o valor final do débito só será estabelecido com o provimento definitivo, a ser proferido na própria ação em que deferida a cautela ou na ação principal, conforme o caso. A eventual decisão final que reduza o valor do débito não permitirá a caracterização da conduta típica, como será evidenciado, mais à frente, no corpo do texto.
- 27 A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/1979) textualmente interdita a possibilidade de sancionar o juiz, tão somente, em razão do teor de suas decisões: Art. 41 – Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o **magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir** (g.n.).
- 28 STF, QC 501, Relator Min. Celso De Mello,

Tribunal Pleno, DJ de 28/11/1997.

- 29 Em se tratando de ativos financeiros, as hipóteses de impenhorabilidade são aquelas constantes do art. 833, incisos IX a XI, do CPC, isto é, os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos e; os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei. Também tem sido admitida a impenhorabilidade, conforme o caso, de saldos constituídos em planos de previdência privada (PGBL). Nesse sentido, confira-se, no STJ, os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1121719/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe de 4/4/2014).
- 30 Por exemplo, as partes finais dos incisos II, III, VII e os §§ 1º e 2º do art. 833 do CPC e o art. 3º da Lei n. 8.009/1990.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Retificação: *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 24 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 30 mar. 1990.
- BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Republicação: *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 abr. 1996. Republicação: *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 14 ago. 1998.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 3 jun. 1992.
- BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Retificação: *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 22 abr. 1993.
- BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 4 jun. 1998.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de

dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União*: seção 1 – extra, Brasília, DF, ano 188-A, p. 1, 27 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 14 mar. 1979.

BRASIL. **Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 30 maio 2001.

CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. A doutrina da nulidade por vagueza da Suprema Corte norte-americana: the void-for-vagueness doctrine. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 69-90, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281099205_A_doutrina_da_nulidade_por_vagueza_da_Suprema_Corte_norte-americana_the_void-for-vagueness_doutrine. Acesso em: 12 out. 2019.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3

Artigo recebido em 24/10/2019.

Artigo aprovado em 1/4/2020.

Silvio Wanderley do Nascimento Lima
é Juiz Federal no Rio de Janeiro, Mestre em Direito e professor da Universidade Veiga de Almeida/RJ.