

A CONSTRICÇÃO PATRIMONIAL ELETRÔNICA E OS DIREITOS DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO FISCAL

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Professor de Processo Civil na Faculdade de Direito do Recife/UFPE

1. Introdução

A prática judicial vem amudando as questões sobre a aplicação do art. 185-A do CTN, inserido pela LC 118/05, prevendo a (impropriamente) chamada *penhora judicial on-line*, ou por meio eletrônico, a ter cabimento quando o devedor tributário, (a) *citado para pagar a dívida fiscal*, (b) *não a satisfaz no prazo legal*, (c) *não indica à penhora bens que bastem à garantia do juízo* e (d) *não se lhe encontram bens penhoráveis*.

Sublinhável, desde já, que essa seqüência é de observância obrigatória e o atropelamento de qualquer de suas etapas ou fases acarreta a imediata nulidade do ato judicial respectivo, controlável, inclusive, pela via excepcional do mandado de segurança, dada a sua aberta desconformidade com a ordem jurídica (teratologia objetiva).

É claro que o propósito da LC 118/05 é o de tornar as execuções fiscais proveitosas e prestigiar a eficácia da jurisdição executiva, dando efetividade ao direito de crédito do Fisco, máxime quando defronta devedores esquivos ou ardilosos, capazes de frustrar os esforços do juízo da execução fiscal e, assim, muitas vezes escaparem do dever jurídico representado no justo título da dívida pública.

Um aspecto do dispositivo legal que poderia até mesmo merecer louvores é este de estabelecer um *iter* condicionante da constrição por meio eletrônico, exigindo a citação regular do devedor, no processo de execução fiscal, o não-pagamento da dívida, no termo legal, a

não-indicação de bens à penhora, no prazo fixado em lei, e a não-localização de bens penhoráveis, como consta do seu texto:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o Juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o Juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excedem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Uma observação de ordem redacional, que não passou despercebida à argúcia analítica do Professor Luciano Amaro (*Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 475) e do Professor Hugo de Brito Machado Segundo ("Execução Fiscal e Indisponibilidade de Bens On-line", *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário - 9º Volume*, São Paulo, Dialética, 2005, p. 262), diz respeito ao emprego da forma verbal *forem*, quando deveria se empregar a forma *serem*, no referido art. 185 - A do CTN, mas essa indicação apenas revela o *descuido* na elaboração da norma, não trazendo maior complicação à compreensão do seu propósito.

Porém, sobrepondo-se às prefaladas condicionantes, o item em estudo (art. 185-A do CTN) produz outros efeitos que agridem drástica e violentamente determinados direitos subjetivos da parte passiva na execução fiscal, fazendo com que tais condicionantes dessa medida

extrema percam por completo o sentido de moderação que se lhe pudesse de princípio atribuir, mesmo se admitindo a sua exótica inserção no quadro já muito amplo dos privilégios processuais da Fazenda Pública em juízo, o que de si mesmo já representa uma concessão injustificável.

2. A Garantia Constitucional do Justo Processo

O primeiro ponto a ser assinalado, no que pertine ao instituto da constrictão por meio eletrônico (art. 185-A do CTN), é o de que a medida em apreço *poderá ser decretada de ofício pelo Juiz da execução fiscal*, tão logo se constatem, sucessivamente, a citação exitosa, o não-atendimento do pagamento da dívida, a não-indicação de bens à penhora, pelo devedor/executado, e a não-localização de bens penhoráveis.

A decretação de ofício parece carrear ao Julgador uma atribuição funcional executiva que não se harmoniza muito bem com a sua necessária neutralidade, visto se tratar, neste caso, de *execução de título extrajudicial*, não se podendo reconhecer as *vantagens* da atuação judicial sem provocação, qual se dá na execução de título formado em juízo, no qual as oportunidades de defesa foram asseguradas e esgotadas no processo de cognição.

Somente será possível aceitar-se essa função do Juiz da execução, ou seja, esse seu atuar de ofício, se também se aceitar que a execução fiscal ficaria meio à margem das garantias do justo processo judicial, compondo-se somente de meros atos judiciais administrativos, adotados pelo Juiz, voltados, sobretudo (ou mesmo apenas), ao objetivo essencial de satisfazer, com a maior celeridade possível, o direito do credor estatal, materializado no título executivo (CDA).

Essa visão do processo de execução fiscal não coincide com a postulação, hoje tão em voga, da afirmação de garantias, liberdades e direitos, assemelhando-se mesmo a uma atitude que privilegia o *interesse patrimonial, direto e imediato da Administração (interesse secundário)*,

em desfavor da proteção dos indivíduos e da observância da ordem jurídica (interesse primário).

Importa sublinhar com fortes tintas que esse *novo privilégio* da Fazenda Pública se radica no processo de execução *de título extrajudicial*, sobre o qual podem pairar as dúvidas mais severas quanto aos seus aspectos essenciais, *diferentemente da execução calcada em título judicial*, em que o prévio processo de conhecimento terá aplainado as quinas e arestas mais agudas entre os interesses e direitos das partes, postos em controvérsias, como já aludido.

Ademais, é preciso recordar que o processo de execução e, no caso, o processo de execução fiscal, é submetido a rigorosas regras de procedimento formal, criando um verdadeiro e autêntico *estatuto do executado*, a conter e manter, sob seguros limites, os ímpetos (sem dúvida muitas vezes legítimos) do seu promovente, expressando a macrogarantia do *justo processo*, aplicável à execução da dívida ativa da Fazenda Pública.

3. O Justo Processo na Execução Fiscal

Cabe renovar a assertiva, já tantas e muitas vezes repetida, que o acesso à justiça é um dos escopos essenciais do Estado de Direito contemporâneo e que tal acesso deve ser entendido como uma garantia à *solução jurídica justa* de toda e qualquer demanda, não importando na exclusão dessa garantia a circunstância de o Poder Público ser parte na querela; nem seria necessário lembrar (ou seria?) que o Estado *também se submete à jurisdição, por meio do justo processo*.

No âmbito do processo de execução, o princípio do justo processo somente restará garantido, quando se assegura ao executado a possibilidade de utilizar-se eficazmente de todos os meios, direitos e garantias que a lei prevê, para opor-se e resistir à pretensão executória do que se afirma seu credor; no processo de execução fiscal, as coisas

não se passam de modo diverso, pois nele se objetiva, como se sabe, expropriar bens do executado, a fim de satisfazer o direito de crédito do Fisco, mas tal procedimento não poderá, e mesmo não deverá, ser feito à custa dos princípios mais caros do ordenamento, que regem as relações jurídicas em confronto.

Na hipótese sob exame (a constrição judicial por meio eletrônico), tal procedimento contraria frontalmente o princípio do justo processo legal, o qual se consubstancia no direito ao *processo equilibrado*, que efetivamente assegure às partes litigantes a necessária *igualdade de armas*, evitando que uma esmague o direito da outra, seja em nome de que causa ou de que alegação for.

Diante da restrita possibilidade, ou, às vezes, da real impossibilidade de o executado discutir o mérito da demanda executória, valendo-se do contraditório viabilizado pela ação de embargos, resulta clara, no caso da constrição judicial por meio eletrônico, a violação do princípio do justo processo, quando o Juiz faz uso da regra do art. 185-A do CTN.

Destarte, é inegável que tal medida torna-se um obstáculo ou um estorvo à defesa do executado, posto que configura um ônus eminentemente prejudicial; relembre-se, pelo seu destaque, que a doutrina jurídica vem dando cada vez maior ênfase ao instituto da exceção de pré-executividade (*com a ressalva da inadequação do nome*), por meio da qual se faculta ao executado o direito de alegar, sem a necessidade de prévia garantia do juízo da execução, matérias de direito que, de plano, possam aniquilar a iniciativa do credor.

Portanto, em alguns casos, seria a utilização da exceção de pré-executividade o meio idôneo, apto e oportuno, na execução fiscal, para o deslinde da referida constrição, sob pena de se contrariar o princípio do justo processo.

Por conseguinte, o referido princípio do justo processo é de ser respeitado, rigorosamente, no âmbito da execução fiscal, não sendo lícito ao credor público exeqüente impor ao executado um sacrifício patrimonial maior do que possa *razoavelmente suportar*, porquanto isso importaria em menoscabo ao citado princípio.

O Professor Sérgio Sérulo da Cunha é bem exato e preciso ao detectar a supremacia do princípio, chamando a atenção para a sua insubordinação aos ditames normativos, dado que a sua sede é o *mundo das consciências*, como se vê nesta passagem de sua festejada obra jusfilosófica:

Ao contrário da norma, princípios são prescrições que não descrevem seu suporte fático de incidência, não apontam para respectivos efeitos, e existem independentemente de um nome ou de um enunciado. A existência da norma é indissociável da sua materialidade, mas isso já não acontece com o princípio, o qual, como ser de razão, habita o mundo das consciências, de onde verte para o ordenamento.

Todo princípio nos esclarece sobre a natureza, finalidade, necessidade e significado das normas. Sua eficácia é a eficácia própria dos princípios, e não das normas; se fosse idêntica à das normas, eles seriam normas, e não princípios. Entre o princípio e os fatos que ocorrem no respectivo âmbito de eficácia situam-se as normas, que estabelecem a mediação entre uns e outros. Em sistemas logicamente consistentes, a observância da norma assegura *ipso facto* o cumprimento do princípio: a intervenção da norma mediante a qual se transita da eficácia para a efetividade não pode obliterar o princípio. (*Princípios Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 200)

Incogitável, portanto, que, na execução fiscal, possa a atuação jurisdicional se desviar dos roteiros dados pelos princípios aplicáveis ao processo, executivo, com toda a sua gama de compreensões jurídicas.

Pode-se dizer, coerentemente, que os fundamentos do justo processo guardam necessária e íntima conexão com a equidade dos

julgamentos, daí por que a sua completa compreensão escapa a definições apriorísticas e mais ainda à exiguidade da disciplina normativa.

A exata compreensão da amplitude do *justo processo* deve considerar atentamente as peculiaridades do caso concreto sob exame, não se esgotando na simples observância de requisitos apenas formais (*sem dúvida necessários, mas não suficientes*), como enunciava o Ministro Félix Frankfurter, da Suprema Corte dos Estados Unidos:

O due process of law não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula; due process of law não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo. ("O Governo da Lei, Discurso em Homenagem ao Ministro John Marshall", trad. de Luiz Antonio Severo da Costa, Revista Forense n° 199, p. 367)

Na verdade, a *efetivação da garantia do justo processo* adquire cada vez mais *aspectos substantivos*, que somente podem ser adequadamente atendidos no decurso de cada julgamento *in concreto*, com a análise detida de todas as suas repercussões jurídicas; do contrário, não haverá a sua concretização, *talvez somente a sua simulação*.

4. Os Direitos do Devedor na Execução Fiscal

4.1. O direito subjetivo à execução menos gravosa

O primeiro direito subjetivo do executado, ferido de morte pela constrição eletrônica (art. 185-A do CTN), é o contido no princípio de que a execução se faça pelo meio menos gravoso ao executado (art. 620 do CPC).

A aplicação desse primado ao processo de execução fiscal está autorizada pelo art. 1º da Lei 6.830/80 (Lei da Execução Fiscal), ao prever que ao procedimento judicial nela estatuído se aplica, de forma subsidiária

o CPC, cujo art. 620 estabelece que *quando por vários meios o credor puder promover a execução, o Juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.*

Esse artigo do CPC consagra o chamado *favor debitoris*, segundo o qual, entre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, dentro do mesmo procedimento, o Juiz deve sempre optar por implementar o ato que menos gravame patrimonial cause ao executado; o direito à execução pelo meio menos gravoso, portanto, se integra ao rol dos direitos do executado *na conspícua qualidade de direito subjetivo*, componente da garantia do justo processo.

O eminente Professor Humberto Theodoro Júnior, um dos mais respeitáveis doutrinadores do Direito Processual no Brasil, trata do referido preceito como *princípio informativo do processo de execução*, aduzindo o seu magistério que *toda execução deve ser econômica, isto é, deve realizar-se da forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor* (*Processo de Execução*, São Paulo, Leud, 1991, p. 23).

Para o douto Professor Cândido Rangel Dinamarco, tal dispositivo constitui “limite político à execução”, gravitando em torno da idéia fundamental de torná-la tão suportável quanto possível ao devedor e ao seu patrimônio. Pode-se mesmo dizer - ajunta o festejado Mestre paulista - que existe um sistema de proteção ao executado contra excessos, um favor debitoris inspirado nos princípios da justiça e da equidade, que inclusive constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência de humanização. (*Execução Civil*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 304)

Continua o notável jurista ensinando que, com tal norma, busca a lei o adequado equilíbrio entre os interesses das partes em conflito, para que a execução seja tão eficiente quanto possível, com o

menor sacrifício possível ao patrimônio do devedor. Isso porque nem sempre o executado encarna a figura do devedor desidioso e mal-intencionado, interessado em procrastinar, preocupado em tirar proveito das imperfeições da Justiça e delongas do processo, empenhado em privar o credor daquilo que lhe é devido. (Op. cit., pp. 304/305)

A constrição patrimonial por meio eletrônico, sem dúvida alguma, consubstancia uma técnica processual inovadora no sistema legal da execução fiscal, utilizado pelo Poder Judiciário, inovação essa que atribui ao Juiz da execução a potestade de determinar, através de comando eletrônico, o bloqueio instantâneo das contas-correntes do devedor para que seja garantida a execução, buscando, assim, uma execução mais célere.

Todavia, essa determinação de bloqueio *alcança a totalidade das contas bancárias do devedor*, independentemente do *quantum* objeto da execução, o que resulta num verdadeiro excesso de execução *a priori*. Desse modo, extrapolam-se os contornos e os limites do título executivo, onerando de logo e sobremaneira o executado, haja vista que tal procedimento pode afetar valores destinados ao pagamento de outras obrigações, até mesmo de natureza alimentar, sem assinalar que os recursos depositados em contas bancárias servem ao pagamento de salários dos empregados, de créditos de fornecedores de bens e serviços e, ainda, de tributos correntes.

Se o art. 185 - A do CTN quis instituir um novo privilégio processual da Fazenda Pública, concedendo ao Juiz a *faculdade* de determinar a indisponibilidade dos bens e direitos do executado, inclusive implementando tal decisão, de preferência, por meio eletrônico, *é evidente que violou o princípio do favor debitoris do art. 620 do CPC, dado que priva o executado de seus bens, independentemente da natureza dos mesmos, e até deixando de observar a eventual restrição à sua penhorabilidade (arts. 649 e 650 do CPC).*

A definição do mencionado princípio, insculpido no art. 620 do CPC, basicamente é a da maior satisfação da pretensão de um direito através da menor restrição possível de outro, onde o ônus deverá ser imposto só e somente só até a medida do necessário, para que haja ponderação dos valores envolvidos com o objetivo de harmonizar os direitos que se confrontam.

Parece indubitável que, se o executado possui bens para serem rastreados pela iniciativa judicial do art. 185-A do CTN, e penhorados após a indisponibilidade geral amparada nessa norma, tal penhora é de ser feita na forma legal, cabendo ao credor/exeqüente indicá-los ao Juiz da execução fiscal; a imediatidade dessa constrição, por ordem judicial, põe a estrutura judiciária a serviço de uma das partes, em desfavor da igualdade processual, e deixa de levar em conta a real propriedade e a efetiva disponibilidade desses bens ou direitos, pelo executado, afrontando o princípio geral de que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor.

Se a preocupação essencial do Juiz da execução deve ser *com o processo*, não lhe deve ser facultado atuar de modo oblíquo, *protegendo uma das partes*, em detrimento da outra, qual se dá quando se converte em *pesquisador de bens penhoráveis*, na direção do processo de execução fiscal, atuando de forma não autorizada para as demais execuções; o preceito da execução menos gravosa aplica-se a todo e qualquer procedimento executivo, de acordo com diretriz já assentada pelo colendo STJ:

Execução Fiscal. Nomeação de Bens à Penhora. Ordem Legal. Art. 11 da LEE Súmula 7/STJ.

1. A execução fiscal se processa no interesse do credor, a fim de satisfazer o débito cobrado. Outrossim, o processo executivo deve dar-se da forma menos gravosa para o executado, em nome do princípio da preservação da empresa (art. 620 do CPC).

2. A controvérsia sobre a não-aceitação pelo credor dos bens oferecidos à penhora, em sede de execução fiscal, e a observância de que o processo executivo se dê da maneira menos gravosa ao devedor requerem atividade de cognição ampla por parte do julgador, com a apreciação percuciente das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula 7 do STJ.

3. Firmou-se no STJ o entendimento de que a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/80 e 656 do CPC para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp 196.058-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 121.03.05, p. 304)

Também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região perfilha esse mesmo entendimento, sob o fundamento de que a constrição de investimentos financeiros poderá prejudicar a própria administração da entidade executada:

Processual Civil. Execução Fiscal. Nomeação de Bens à Penhora. Cadeiras Cativas em Estádio de Futebol.

1. (...).

2. Na forma do art. 620 do CPC, a execução deve operar-se da forma menos gravosa para o devedor. A penhora de faturamento do devedor, bem como a quebra de seu sigilo bancário, ou a penhora de seus investimentos financeiros, poderia comprometer a própria administração, do clube executado.

3. Agravo de instrumento provido. (AGTR 106.923-PR, Rel. Des. Federal Marga Tessler, *DJU* 213.11.02, p. 958)

O abandono dessa saudável orientação poderá fazer o processo de execução se afastar da *tendência humanizante* que o processo judicial em geral tem absorvido na suas últimas evoluções, *dando-se um notável, mas indesejável, retrocesso, no que respeita às garantias do executado.*

Ora, se o executado possui bens para serem penhorados após a comunicação da indisponibilidade geral de seus bens e direitos, tal penhora deve ser feita na forma legal, e após a avaliação dos bens, não sendo admissível a inexistência de um critério mínimo para a efetivação da penhora na forma do art. 185-A do CTN, que padece de ausência de regulamentação, nesse ponto.

Assim, não são analisados nem a real propriedade nem a efetiva disponibilidade desses bens ou direitos, afrontando abertamente o princípio geral de que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor, que se aplica a todo e qualquer procedimento executivo.

Nesse passo, mister se faz sublinhar que não se deverá entender a efetividade da prestação jurisdicional executiva (*satisfação do direito do credor*) como algo que deva ser obtido com o sacrifício das garantias processuais do executado, ou seja, *com a privação de suas prerrogativas de defesa*; por outras palavras, para atender ao interesse do credor, não há o Juiz de operar por meio de decisões carentes de razoabilidade, ocasionando a destruição ou mesmo o comprometimento de outras garantias, *como se ao direito do credor se curvassem todos os princípios jurídicos*.

Portanto, havendo outras medidas adequadas, que acarretem menor onerosidade ao devedor, estas é que deverão ser utilizadas, em respeito ao art. 620 do CPC.

Contudo, apesar dessa mágoa ao direito do executado, a modalidade de constrição patrimonial eletrônica prevista no art. 185-A do CTN tem merecido o abono doutrinário de juristas da mais alta suposição, como é o caso do Professor Luiz Guilherme Marinoni; ao ver desse apreciado doutrinador, *ao não atender ao chamado judicial para pagar ou nomear bens à penhora, o devedor autoriza a requisição de informações ao Banco Central e a outros bancos em que possa ter dinheiro*

*(penhorável) depositado ("A Efetividade da Multa na Execução da Sentença que condena a pagar Dinheiro", *Processo Civil - Aspectos Relevantes*, São Paulo, Método, 2005, p. 168).*

E acrescenta esse eminente jurista, fechando a sua assertiva, que *para a requisição de informações ao Banco Central ou a outros bancos, o credor não precisa ter esgotado todas as atividades necessárias para a localização de bens penhoráveis.*

Com igual ponto de vista de exaltação ao direito do credor se manifesta a Professora Luciane Amaral Corrêa, para quem o direito do exeqüente à penhora (preferencialmente sobre dinheiro) constitui parte do devido processo legal em prol do credor ("O Princípio da Proporcionalidade e a Quebra do Sigilo Bancário e do Sigilo Fiscal no Processo de Execução", *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 192).

Essa posição doutrinária, sem embargo da erudição de seus argumentos e da grande respeitabilidade dos seus expositores, *parece deixar de levar na devida conta que, no caso do art. 185 - A do CTN, se está diante de execução em que o título executivo extrajudicial (a CDA) foi gerado e formado, com exclusividade, pelo próprio credor (o Fisco), não sendo aceitável, sem maior reserva, que o procedimento administrativo fiscal que lhe é antecedente passe a ter a mesma consideração ou o mesmo status jurídico que se dispensa ao processo judicial de conhecimento, que da gênese ao título executivo judicial.*

4.2. O direito à continuidade regular do exercício de atividade econômica

O segundo direito subjetivo do executado vulnerado pela faculdade do art. 185 - A do CNT é o da continuidade do exercício regular

da atividade econômica, calcado no art. 5º, XIII da Carta Magna, que confere ampla proteção à *liberdade de empreender*.

O exercício dessa liberdade vem abonado por vasta construção doutrinária moderna acerca de suas características essenciais, em face da importância estratégica das unidades e dos estabelecimentos produtivos e comerciais, como fatores de impulsão do desenvolvimento econômico-social, intelectual e financeiro da sociedade; tal construção doutrinária, ademais, remonta a elaborações muito mais antigas, tendo freqüentado, inclusive, as preocupações dos primeiros economistas, dos autores de Direito Público e de não poucos estadistas.

Recorrendo-se à *teoria da empresa*, afirmativa da necessária proteção das unidades de produção econômica, com longa elaboração na doutrina econômica e na Ciência do Direito, vê-se que as leis (máxime no sistema capitalista) têm dispensado abrigo aos *fatores produtivos*, resguardando-os das agressões que podem minar-lhes a eficiência operacional, em muitos casos até mesmo os subsidiando diretamente, de forma a permitir que o desenvolvimento das suas estruturas ocupe os espaços sociais e econômicos, promovendo a sempre desejável *plena utilização da totalidade daqueles mesmos fatores* (bens naturais, disponibilidades financeiras, recursos humanos e sua organização, tecnologia e risco).

Na percepção do Professor Eros Roberto Grau, a ação do Poder Público, na seara econômica, tem por escopo ensejar as condições do mercado capitalista e da correlata garantia da propriedade privada dos bens de produção, dizendo esse acatado doutrinador o seguinte, sobre esse ponto:

A disciplina jurídica da atividade econômica surge como produto da ação que o Estado passa a desenvolver em relação ao processo econômico.

Trata-se, porém, no mundo capitalista, de uma ação voltada à preservação do mercado - enquanto mecanismo de coordenação do processo econômico - tendo em vista o interesse social. A preservação do mercado é perseguida, então, porque é sob o seu clima que encontram as condições mais propícias para o seu desenvolvimento os dois valores juridicamente protegidos fundamentais do sistema capitalista: propriedade privada dos bens de produção e liberdade econômica.

Na verdade, cabe aqui, paralelamente, uma pequena observação. Refiro-me à circunstância de que, rigorosamente, há apenas um valor juridicamente protegido no sistema capitalista, qual seja o da propriedade privada dos bens de produção. A figura jurídica do contrato - expressa maior do ideal de liberdade econômica - não é mais do que o desenvolvimento lógico da conversão do domínio em jurídico, como salienta Carnelutti. Assim, em verdade, é possível afirmar que o princípio da liberdade econômica não é senão corolário daquele outro - o da propriedade privada dos bens de produção. (*Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, p. 19)

Essa preocupação vem desde as suas fases clássicas da Teoria do Direito Empresarial, tanto que, ainda na segunda década do século passado, o notável Cesare Vivante a desenvolveu em face do Direito italiano, observando que nela se congregam os fatores *natureza, capital, organização, trabalho e risco* como requisitos elementares a qualquer atividade econômica; nesse contexto, essencial se apresenta, sem nenhuma controvérsia ou divergência, a participação do homem, elemento-chave na organização do processo econômico-produtivo, cuja imprescindível gerência é eminentemente responsável pelo dinamismo e pelo melhor desempenho e produtividade do processo produtivo e comercial da economia do País.

Não é por outra razão que o destacado Professor Alfredo Rocco, também na Itália, salientava a importância da criação de um método de trabalho realizado pelo empresário, investidor de seu negócio, advertindo que a empresa somente pode ser caracterizada quando a produção é obtida mediante o trabalho de outrem, a ser recrutado,

fiscalizado, dirigido e retribuído exclusivamente para a produção de bens ou serviços (*Princípios de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1931).

Em face disso, não são poucos os questionamentos feitos por alguns lúcidos integrantes da magistratura nacional, *mesmo nos casos em que se revelam avessos à idéia de criar soluções além das normas legais*, quando defrontam pedido de penhora fiscal sobre o faturamento de sociedade comercial, o que deve realmente se constituir *na última alternativa a ser adotada no processo de execução, pois implica um verdadeiro óbice à existência da empresa*.

Com efeito, o faturamento de uma empresa representa o conjunto das receitas diretamente decorrentes de sua atividade econômica (de produção de bens ou de comercialização de serviços e mercadorias), antes de deduzidos os custos inerentes aos insumos (como matéria-prima, salários, aluguéis, tributos etc), ou seja, parte do capital econômico-jurídico próprio da empresa ou de terceiros é destinado à elaboração desses bens e serviços (na proporção do custo de produção), o que equivale dizer que tal se reflete e se projeta no faturamento obtido.

Destarte, autorizar a constrição dos valores que compõem o faturamento representa admitir a penhora de verbas destinadas, por exemplo, ao capital de giro vinculado ao pagamento dos salários dos empregados ou de créditos dos fornecedores do executado, importando em constrição do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, razão pela qual só deve ser admitida em situações excepcionais, após ter restado infrutífera a tentativa de penhora sobre os outros bens.

4.3. O direito à defesa direta (arguição de inexecutividade)

O instituto da objeção à execução (ou da arguição de inexecutividade), conquanto não previsto expressamente no sistema jurídico, é perfeitamente admissível na Ciência do Direito Processual, *já que não seria harmônico com o Direito contemporâneo obrigar a parte*

executada a dispor de bens do seu patrimônio para o fim da constrictão (penhora) quando, em alguns casos, a própria execução, de forma cristalina, se mostra inadmissível, seja por falta ou nulidade do título executivo, seja por ilegitimidade da parte, seja pela ocorrência da prescrição ou qualquer outro vício que fulmine a própria iniciativa executiva.

A exceção de pré-executividade surgiu na prática forense com o intuito de proteger os executados de sofrerem constrictão em seu patrimônio, a partir de execução fundada em título manifestamente nulo (ou inexistente).

A utilização da exceção de pré-executividade foi proposta pelo eminente jurista Pontes de Miranda, que a sugeria como alternativa ao devedor que, constringido a pagar ou nomear à penhora valor que manifestamente não lhe era exigível, não deveria suportar tal ônus, tendo em vista *vícios evidentes no título que o tornavam manifestamente nulo*, acarretando, inclusive, o reconhecimento de ofício, pelo Juiz, como está nestas suas palavras:

Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado, dentro de 24 horas, argúi que o instrumento público é falso, ou que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o Juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer a penhora. Assim, uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o Juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens que não estava exposto à ação executiva. (*Dez Anos de Pareceres*, vol. IV, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1975, pp. 132/133 e 138)

O Professor Galeno Lacerda também compartilhou do entendimento do eminente Pontes de Miranda, assim se manifestando sobre a exceção de pré-executividade:

Na defesa do executado, há exceções prévias, *lato sensu*, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe executoriedade do título. Se o título não for exeqüível, não tem sentido a penhora, desaparece o seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo se há de dizer, com mais razão, se o título for falso. Seria iniquidade absurda que o direito e o bom senso não podem acolher-se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora. (“Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo”, *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 171)

Percebe-se, portanto, que o intuito da instituição desta exceção foi justamente evitar que o devedor comprometesse seu patrimônio para discutir débito revestido em título que, bem analisado, ensejaria o não-conhecimento *de ofício* (ou a rejeição liminar) do processo de execução.

Depois dessa exemplar formulação elaborada por Pontes de Miranda e aplaudida por Galeno Lacerda, diversos foram os trabalhos monográficos que surgiram sobre o tema, bem como diversos foram os autores que fizeram incluir em seus tratados um capítulo dedicado à exceção de pré-executividade, citando-se, para exemplificar, o Professor e Magistrado cearense Antonio Carlos Costa e Silva, do egrégio TJ do Ceará, que assim se pronunciou a respeito dos vícios do título executivo que ensejam a rejeição liminar da postulação executiva, em face de *simples petição* do executado:

Via de regra, tais defeitos ressaltam do simples exame da postulação inicial, não havendo necessidade alguma de o devedor apontá-los para o Juiz, tão logo seja citado, eis que o juízo da admissibilidade é formulado antes da citação. Mas é bem possível que esses defeitos passem despercebidos ao Juiz e somente cheguem ao seu conhecimento por denúncia do devedor, através de petição simples, e não por embargos. Deste modo, somente quando o devedor pode demonstrar, de plano, ao Juiz, o descabimento da execução, é que os embargos são perfeitamente dispensáveis. Estamos em que unicamente questões sujeitas ao juízo de admissibilidade podem e devem ser conhecidas pelo Juiz, por denúncia do devedor, logo após sua citação, mesmo que

já se tenha efetuado o ato constitutivo. Como se sabe, as questões que devem ser solucionadas em tal ocasião são aquelas que podem acarretar o indeferimento da petição inicial.

Portanto, mesmo que o Juiz já tenha ordenado a citação do devedor, por simples petição deste, desde que arrimada da prova pré-constituída, se for o caso, pode o Magistrado receber o pedido como correição parcial e indeferir a petição inicial. (*Tratado do Processo de Execução*, Rio de Janeiro, Aide, 1986, p. 1.313/1.314)

Outros autores nacionais de igual nomeada sustentam esse nosso ponto de vista: Araken de Assis (*Manual do Processo de Execução*, vol. I, São Paulo, Letras Jurídicas, 1994, p. 344); Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 864); Nelson Nery Junior (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, RT, 2001, p. 129/130); Cândido Rangel Dinamarco (*Execução Civil*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 447/448); Ovídio Baptista da Silva (*Curso de Processo Civil*, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 23/24); Vicente Greco Filho (*Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 52); e José da Silva Pacheco (*Tratado das Execuções*, vol. III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1989, p. 224/226).

A jurisprudência dos Tribunais do País também passou a acolher a tese da *exceção de pré-executividade*, mas tendo o cuidado de fazer um acurado exame de sua viabilidade, caso-a-caso, *admitindo-a apenas nas questões afeitas à admissibilidade da execução*, ou seja, naqueles casos em que não se requer exame aprofundado da obrigação, sendo a simples análise do título suficiente para que se perceba não é o mesmo não se apresenta exequível:

A exceção de pré-executividade pode ser oferecida, independentemente da oposição de embargos do devedor, quando discutir matéria atinente à condição da ação e a pressupostos processuais da execução (arts. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, do CPC). (STJ, REsp

453.622-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* 1 28.10.03, p. 290)

A exceção de pré-executividade só é aceita em caráter excepcional: havendo prova inequívoca de que a obrigação inexistente, foi paga, está prescrita ou outros casos de extinção absoluta. (STJ, REsp 502.823-RS, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 106.10.03, p. 215)

Execução. Exceção de pré-executividade. A defesa que nega a executividade do título apresentado pode ser formulada nos próprios autos do processo da execução e independe do prazo fixado para os embargos do devedor. Precedentes. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, REsp 220.100-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 1 25.10.99, p. 93)

Contrato de abertura de crédito. Falta-lhe caráter executório, segundo a recente orientação da 2ª Seção do STJ. Em tal aspecto, admite-se possa o devedor arguir a nulidade da execução, independentemente de estar seguro o Juízo, através de exceção de pré-executividade e não de embargos. Precedentes do STJ. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 194.070-RS, Rel. Min. Nilson Naves, *DJU* 1 20.09.99, p. 62)

Execução por título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Falta de liquidez, certeza e exigibilidade do título. Não ofende a nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do CPC), independentemente dos embargos do devedor. Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exequente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a inovação do art. 616 do CPC. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 160.107-ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 1 03.05.99, p. 145)

Destarte, não há como se negar a admissibilidade da propositura de objeção à executividade no ordenamento jurídico brasileiro; entretanto, a constricção patrimonial por meio eletrônico, tal como prevista no art. 185-A do CTN, *fulmina essa possibilidade processual criada em prol do executado e implanta um mecanismo de alta eficiência*

prática, sem dúvida alguma, mas igualmente vulnerador de tal direito subjetivo da parte executada.

4.4. O direito do executado ao sigilo bancário

Repita-se que, de acordo com o novel art. 185-A do CTN, com a redação determinada pela LC 118/05, o Juiz poderá determinar a penhora *on-line* dos bens e direitos do devedor tributário que, validamente citado, não tenha pago a dívida exequenda ou nomeado bens à penhora no prazo legal, nem estes tenham sido encontrados, pelo Oficial de Justiça.

Assim, esse novo dispositivo prevê a possibilidade de o Juiz da execução fiscal ordenar a indisponibilidade de *todo o patrimônio imobiliário e financeiro do devedor*, mediante a simples comunicação da decisão aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais.

Acontece que, para a efetivação dessa medida, nos termos do citado dispositivo, o Juiz da execução fiscal valer-se-á, necessariamente, do expediente da *quebra do sigilo bancário do executado*, como se depreende da dicção do art. 185-A, *caput* e parágrafo 2º, do CTN:

Art. 185-A. (...).

(...).

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Vê-se, portanto, que após a decretação da indisponibilidade dos bens e direitos do executado, as autoridades supervisoras do mercado financeiro (autoridades integrantes dos quadros do Banco Central)

deverão remeter ao Juiz da execução documento em que conste a relação dos bens, direitos e valores tidos por indisponíveis, o que importará, por óbvio, na quebra do sigilo de dados bancários do executado, *sigilo esse que somente pode ser excepcionado pelo Juiz criminal* (art. 5º, XII da Carta Magna), apesar de algumas objeções.

Questiona-se, nesse ponto, a constitucionalidade dessa medida, que deverá ser analisada a partir do preceito, constante do rol imodificável de garantias e direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, que assegura a inviolabilidade do sigilo telefônico, epistolar e de dados, incluindo-se nesta última modalidade os sigilos bancário, fiscal e telefônico.

Com efeito, segundo prescreve o art. 5º, XII, da Carta Magna, *são invioláveis o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal.*

A clara dicção desse dispositivo constitucional deixa à mostra que somente é possível excepcionar a garantia do sigilo bancário para *fins de investigação criminal e de instrução processual penal*, excluídos quaisquer outros propósitos, como a instrução de processos de natureza cível ou administrativa, quais os de conteúdo fiscal-tributário, por exemplo.

Também resulta da formulação constitucional dessa garantia, que a quebra do sigilo *somente pode se dar por ordem judicial criminal*, nas hipóteses e na forma legalmente estabelecidas, o que exclui a possibilidade de obtenção desse mesmo efeito (*quebra do sigilo*) em razão de ato emanado de qualquer outra autoridade, ou de ato emanado de Juiz *fora da jurisdição criminal*, por mais elevados que sejam os seus propósitos.

Releva destacar que a expressão *em último caso*, contida no dispositivo em análise, significa precisamente a situação em que não haja alternativa para a obtenção dos objetivos perseguidos na investigação ou na instrução processual penal; por outras palavras: *se houver outro meio de obtenção do resultado probatório, ainda que seja eventualmente mais árduo, não deve se dar a quebra do sigilo bancário e, por extensão, de nenhum dos sigilos protegidos pela norma constitucional* (art. 5º, XII).

Sem essa indispensável restrição, *ocorreria a banalização ou a vulgarização da quebra do segredo bancário* ou, no dizer elegante do eminente Ministro Celso de Mello, do colendo SAF, converter-se-ia (a ruptura desse sigilo) *num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas* (MS 21.729-4, DJU 1 05.09.95, p. 6).

É bem verdade que alguns autores alvitram que essa expressão constitucional (*no último caso*) pertenceria apenas à quebra do *sigilo das comunicações telefônicas*, por ser-lhe o termo antecedente, na conformação da frase que veicula a garantia; essa idéia veio a ser posta em maior relevo com a edição da Lei 9.296/96, que regulamenta a forma de se excepcionar o sigilo das comunicações telefônicas, dando a entender, a contrário, que os demais sigilos seriam inquebráveis.

Mas essa exegese, com a devida vênia, além de ser uma clara gramatiquice, desnivela por completo os objetos juridicamente tutelados pelo sigilo constitucional, por permitir a quebra, apenas, do sigilo *das comunicações telefônicas*, quando fora de dúvida que a quebra dos outros sigilos (o da correspondência e das comunicações telegráficas e o de dados) pode ser igualmente relevante para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Por conseguinte, seria correto afirmar que não há hierarquia alguma entre os sigilos protegidos pelo art. 5º, XII, da Carta Magna, de

sorte que são todos, em princípio, igualmente invioláveis e, nas estritas condições que a Constituição estabelece (por ordem judicial e exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, em último caso), todos eles igualmente excepcionáveis.

Vale repetir, portanto, que a Constituição Federal somente autoriza a quebra de sigilo bancário para fins de instrução penal, exigindo, portanto, processo criminal regularmente instaurado e em curso, ou no interesse de investigação penal, ou seja, havendo inquérito policial em trâmite.

A exceção à norma do sigilo é clara e precisa e, seguindo os passos da hermenêutica, deve ser interpretada restritivamente, não se podendo alargá-la, sob pena de se arriscar a própria finalidade do instituto e esvaziar o preciso princípio da supremacia constitucional.

Assim, partindo-se da interpretação que confere ao art. 5º, XII, da Carta Magna o sentido de somente admitir a quebra do sigilo bancário por ordem judicial criminal, e com a finalidade de instruir investigação/processo criminal, tem-se a conclusão de que o art. 185-A, ao permitir o rompimento desse sigilo para assegurar o êxito de execução fiscal, é de constitucionalidade duvidosa, não havendo embasamento na Carta Magna que justifique a existência de norma que confira esse tipo de prerrogativa ao, Fisco.

É de se notar, neste passo, que o objetivo do governo de combater a evasão fiscal e o inadimplemento dos contribuintes não pode se sobrepôr ao direito individual à privacidade, que somente admite flexibilização nos termos e nos limites fixados na Constituição Federal.

Observe-se, ademais, que a impossibilidade de o Juiz determinar a quebra do sigilo bancário do executado no âmbito de processo de execução fiscal não implica, necessariamente, a total insatisfação do crédito tributário exigido no executivo fiscal total, isso

porque, caso tenham sido utilizados todos os expedientes previstos na Lei 6.830/80 (LEF), de que é exemplo o arresto, e, ainda assim, não tenham sido encontrados bens penhoráveis suficientes à garantia da dívida exequenda, a autoridade fazendária poderá, perfeitamente, representar ao Ministério Público por um dos crimes previstos na Lei 8.137/90, como o de sonegação fiscal, desde que, é claro, a conduta do executado seja típica, antijurídica e culpável.

Por sem dúvida, no âmbito do processo criminal em que se apure a responsabilidade penal do executado por crime contra ordem tributária, poderá o *Juiz criminal* determinar a quebra de seu sigilo bancário, em harmonia ao previsto no art. 5º, XII, da CF.

4.5. O direito à constrictão patrimonial proporcional

Sabe-se que o processo de execução, e, no que importa a este estudo, o processo de execução fiscal, *não representa sanção patrimonial do devedor ou castigo pela impontualidade do pagamento de obrigação pecuniária*, mas um meio legal de disciplinar a atividade judicial que busca a satisfação daquela obrigação, não adimplida espontaneamente pelo devedor.

Nas palavras do Professor Humberto Theodoro Júnior, *toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do exequente, isto é, deve ser parcial, não atingindo todo o patrimônio do devedor, mas apenas a porção indispensável para a realização do direito do credor (op. cit., p. 22).*

Em razão de tal limitação ou de tal propósito é que o art. 659 do CPC dispõe que serão penhorados *tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios*, residindo nesse dispositivo legal não apenas a autorização para a constrictão patrimonial, mas um limite objetivo à realização de tal atividade.

Também é reflexo do preceito acima referido o art. 692 do CPC, que estatui que quando a penhora atingir vários bens *será suspensa a arrematação logo que o produto da alienação dos bens bastar para o pagamento do credor*; vê-se, novamente, nesta dicção, a diretriz do legislador de manter sob seguros limites a constrição que legitimamente se possa fazer sobre o patrimônio do executado.

Dir-se-á, na linguagem constitucional moderna, que nesses dispositivos do CPC se acha a orientação de que a atividade constritiva do Juiz, no processo de execução, *seja realizada de forma modular ou ponderada, proporcional ao próprio valor patrimonial da execução, não devendo excedê-lo, já que a penhora não visa a destruição do devedor ou a sua liquidação*.

Dessa forma, vislumbra-se facilmente que o parágrafo 1º do art. 185-A do CTN viola flagrantemente o direito à constrição proporcional, posto que relega para momento posterior ao da efetivação da penhora a desoneração dos bens cujo valor ultrapasse o montante do débito.

Apesar de limitar a indisponibilidade dos bens ao valor total da dívida, o que significaria atender à necessidade de observância da proporcionalidade da constrição ao montante da dívida, o dispositivo em comento dispõe que, ao verificar a desproporcionalidade, *deve o Juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite*.

Forçoso é reconhecer que a detecção dessa desproporcionalidade se dá *ulteriormente à constrição*, ou seja, quando o Magistrado observá-la, já terá sido violentado o direito de propriedade do executado, posto que os seus bens, cujos valores excederem ao montante da dívida, já terão sido indisponibilizados, causando um gravame tal que, em certas situações, será até mesmo irreparável.

Para se respeitar o princípio da constrictão proporcional, portanto, *será necessário que a avaliação dos bens seja feita em momento anterior à efetivação da penhora respectiva*, sob pena de se consentir em violar, de forma apriorística, o direito constitucional de propriedade.