

Sobre os limites da penhora, ensina ilustre professor Humberto Theodoro Júnior¹¹:

“Em outras palavras, o Código instituiu dois limites para a penhora:

a) deve atingir apenas os bens que bastarem à satisfação do valor atualizado monetariamente do crédito exequendo, com seus acessórios: juros, custas e honorários advocatícios (arts. 659, 685; e

b) não deve ser realizada, nem mantida, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 659, §2º.)

Não se pode, em suma, a penhora ser excessiva nem inútil”.

6.1.7 Bens impenhoráveis

Nosso sistema processual impede a incidência de penhora sobre os bens necessários para a manutenção da dignidade do devedor e para o cumprimento da função social da empresa. Essa vedação é conhecida como impenhorabilidade.

Segundo ensinam Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, nosso sistema contempla impenhorabilidades absolutas, quando o bem não pode ser penhorado em nenhuma hipótese e de impenhorabilidade relativa, quando o bem pode ser penhorado na execução de certos créditos¹².

Segundo estabelece o art. 649, do CPC, são impenhoráveis os seguintes bens:

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e tutela de urgência*. 45 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 2 v. p. 288 e 289.

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 543.

- a) os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- b) os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- c) os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- d) os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal;
- e) os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;
- f) o seguro de vida;
- g) os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- h) a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- i) os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- j) até o limite de 40 salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança;
- k) os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

A impenhorabilidade estabelecida pelo referido dispositivo legal não é, todavia, absoluta, podendo existir situação em que a penhora irá incidir

mesmo sobre bens que a lei classifica como impenhoráveis.

A impenhorabilidade, por exemplo, não pode ser alegada quando a execução versar sobre crédito obtido para aquisição do próprio bem ou na execução que versar sobre débito gerado pelo próprio bem, como no caso de uma execução sobre débito de IPTU ou para cobrança de taxa condominial.

Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ensinam que a impenhorabilidade não é uma regra intransponível. Diz que o magistrado deve avaliar, caso a caso, a necessidade de respeito a impenhorabilidade. Confira-se as palavras dos ilustres doutrinadores¹³:

“(...) são em princípio constitucionais as regras que restringem a responsabilidade patrimonial, impedindo a penhora de certos bens. Em um Estado Democrático que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, 1, CD/88), a restrição à penhora de certos bens apresenta-se como uma técnica processual tradicional e bem aceita pela sociedade contemporânea. Mas, essas regras não estão imunes ao controle de constitucionalidade ‘in concreto’ e, por isso, podem ser afastadas ou mitigadas se, no caso concreto, a sua aplicação revelar-se não razoável ou desproporcional.”

Os ilustres professores, da mesma forma que admitem a mitigação da impenhorabilidade, também admitem sua ampliação com objeto de trazer maior proteção aos direitos fundamentais do devedor, evitando-se, assim, afronta aos mandamentos essenciais estabelecidos na Constituição Federal Brasileira.

Os ilustres professores ainda ensinam que o devedor, por ato livre e consciente, sem qualquer tipo de coação ou erro, pode dispor do direito de impenhorabilidade e, por isso, discorda de alguns doutrinadores que classificam a penhora como de “ordem pública”.

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 545

Confira-se o que ensinam os ilustres doutrinadores¹⁴:

“Exatamente porque são normas que visam proteger direitos fundamentais, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas em razão de peculiaridades do caso concreto, como forma de tutelar adequadamente esses mesmos direitos fundamentais. Trata-se de aplicação do princípio da adequação.”

(...)

“A impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível. Se a impenhorabilidade é disponível, não pode ser considerada de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica”.

Dessa forma, a impenhorabilidade impede que determinados bens sejam constrictos para garantia de dívidas, não sendo, todavia, uma regra que admite exceções.

6.2 DO DEPÓSITO

Para plena eficácia da penhora, a utilização do bem constricto pelo devedor deve ser limitada de forma a impedir que o mesmo aliene o bem ou lhe de destinação que frustre a execução.

No caso de penhora de bens imóveis, essa limitação à utilização é facilmente feita através do registro da constrição na matrícula do imóvel, que impede que o devedor aliene o bem.

Já no caso de bens móveis e semoventes, essa limitação encontra uma maior dificuldade, já que a alienação desses bens é absolutamente simples e desburocratizada.

Para proporcionar uma maior eficácia à penhora desses bens, nossa

¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 545 e 547

legislação criou um instituto chamado de “depósito”.

Através do depósito, a lei confere a guarda do bem penhorado a um terceiro, ou mesmo ao próprio devedor, para que o mesmo zele o bem até que seu destino seja decidido pelo juízo.

Confira-se o que diz Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁵:

“Apreendidos bens do devedor (ou responsável), é necessário entregá-los a um depositário, que deverá guardá-los, conservá-los e, se for o caso, administrá-los até o momento de sua expropriação”.

A pessoa que fica responsável pela guarda do bem é denominada por nossa legislação como “depositária”.

O depósito é utilizado, inclusive, para bens imóveis, demonstrando ser um verdadeiro ato complementar e essencial para a eficácia da penhora, conforme estabelece o art. 644, do CPC.

O art. 666, do CPC, trás uma ordem de preferência para depósito dos bens. De acordo com o referido dispositivo legal, os bens penhorados serão preferencialmente depositados:

- a) no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o ente da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito;
- b) em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos;
- c) em mãos de depositário particular, os demais bens.

Nossa legislação permite que, com a anuência do credor, o próprio devedor possa ser nomeado como depositário do bem penhorado, isso no

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 587.

caso de bens de difícil locomoção ou de bens imóveis.

O depositário assume grande responsabilidade com a guarda do bem. O parágrafo terceiro, do art. 666, do CPC, prevê, inclusive, a possibilidade de ser decreta, dentro dos próprios autos, a prisão do depositário no caso de descumprimento do dever de zelar pelo bem.

Existindo impossibilidade de manutenção do dever de zelar pelos bens, o depositário pode requerer, ao juízo competente, a sua destituição do cargo, demonstrando os motivos que o impedem de continuar cumprindo com a obrigação que lhe foi imposta.



7 DA EXECUÇÃO FISCAL

O art. 585, do Código de Processo Civil (CPC), estabelece, em seu inciso VII, que a certidão de dívida ativa é um título executivo extrajudicial. Confira-se:

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

(...)”

O art. 2º, da Lei Ordinária Federal n.º 6.830/80, diz que constitui dívida ativa qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades públicas, abrangendo dívida tributária e a não tributária, atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

De acordo com o texto do art. 585, do CPC, a dívida ativa não é um título executivo judicial. Apenas a certidão extraída dessa dívida que é um título executivo que permite o ajuizamento de uma execução forçada.

Execução Fiscal é o nome dado a execução forçada, promovida pelo Estado, que tem como base uma certidão de dívida ativa. Em verdade, a execução fiscal é uma execução por quantia certa, semelhante com a prevista no CPC, só que regulada por lei especial¹.

A execução fiscal é regulada pela Lei Ordinária Federal n.º 6.830/80, e, de forma suplementar, pelas regras da execução de título extrajudicial, prevista no CPC. Em linhas gerais, sua sistemática é igual à prevista no CPC.

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil - Execução*. 11 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2 v. p. 574.

É o que diz Humberto Theodoro Júnior²:

“Em linhas gerais, a sistemática da execução fiscal introduzida pela Lei nº 6.830/80 é a mesma do Código de Processo Civil, ou seja, a execução por quantia certa contra devedor da fazenda Pública é processo de pura atividade de realização do direito do credor.

Não se destina a acerto de relação creditícia, nem à definição de responsabilidades, mas apenas à expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor.”

A diferença básica da execução fiscal para as demais execuções é, portanto, o fato dela executar apenas e tão somente os créditos da União e demais entes públicos, através da certidão de dívida ativa.

7.1 DAS PARTES NA EXECUÇÃO FISCAL

A legitimidade ativa na execução fiscal é conferida a todos os entes públicos, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Ainda possuem legitimidade ativa na execução fiscal as autarquias e fundações públicas, como Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) ou o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

Já as empresas públicas e sociedades de economia mistas não possuem legitimidade ativa para ajuizamento da execução fiscal. Nossa legislação, todavia, permite que esses entes celebrem convênios com entes públicos para possibilitar o ajuizamento da execução fiscal, trazendo, assim uma maior eficácia à cobrança de seus débitos³.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009, p. 527.

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Execução*. rev., atual. e ampli. Salvador: Juspodivm, 2010. 5 v. p. 746.

Segundo Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, os conselhos profissionais, como Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), Conselho Regional de Odontologia (CRO) e Conselho Regional de Medicina (CRM), como entidades que prestam serviços públicos, podem ajuizar a execução fiscal. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), todavia, na visão do ilustre professor, não possui essa faculdade⁴.

Quanto à legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para o ajuizamento da execução fiscal, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini discordam do entendimento dos ilustres professores Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, afirmando que essa entidade possui legitimidade para ajuizamento da execução fiscal⁵.

A legitimidade passiva é conferida ao devedor, que se encontra discriminado da certidão da dívida ativa, ou aos seus sucessores. A execução fiscal também pode ser ajuizada contra a pessoa responsável pelo pagamento (espólio, massa falida ou responsável tributário) ou contra o garantidor da dívida (fiador).

Não é necessariamente a pessoas que realizou o fato gerador que irá figurar no polo passivo da ação. Em algumas situações, a lei atribui à terceira pessoa a responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Além disso, não é apenas o devedor que consta na certidão da dívida ativa que pode figurar no polo passivo da execução. A ação pode ser ajuizada contra pessoa que não consta expressamente na certidão de dívida ativa, sendo que, para que isso seja possível, é necessário que a Fisco produza provas sobre essa responsabilidade, indicando de forma clara as razões que permitem o ajuizamento de ação contra essa pessoa.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 747.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. op.cit., p. 574.

Confira-se o que ensina Mizaél Montenegro Filho⁶:

“(...) cabe-nos anotar que não é exigido que os nomes dos responsáveis constem na certidão de dívida ativa, para efeitos de responsabilização ao pagamento da importância cobrada na ação judicial. Porém, não estando estas pessoas previamente identificadas no título, a Fazenda Pública deve produzir prova da responsabilidade tributária, atando-as ao fato gerador da obrigação tributária objeto da demanda judicial, provando, no caso do sócio, por exemplo, que agiu como dolo ou com excesso de poderes”.

7.2 DOS REQUISITOS DA EXECUÇÃO FISCAL

A execução possui como principal requisito: a existência de uma dívida de origem fiscal, na medida em que esse procedimento só pode cobrar dívidas dessas naturezas; extração de uma certidão dessa dívida.

Assim, não basta a existência da dívida para que seja promovida a execução fiscal. É necessário que a dívida ativa esteja devidamente inscrita. Confira-se o que ensina Humberto Theodoro Júnior⁷:

“Antes, portanto, de ingressar em juízo, tem a fazenda Pública de promover o acerto de seu crédito, mediante procedimento da inscrição, para atribuir-lhe liquidez e certeza.

Somente depois da inscrição e da extração da competente certidão de Dívida Ativa (que é título executivo fiscal), é que estará habilitada a promover a execução em juízo.”

Além disso, como ocorre em toda a execução, a execução fiscal exige um título executivo líquido, certo e exigível.

Por se tratar de dívida apurada por ente público, o art. 3º, da Lei de Execuções Fiscais, diz que a dívida ativa regularmente inscrita goza de

⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 2 v. p. 437.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo* op.cit., p. 527.

presunção de certeza e liquidez. Essa presunção, no entanto, é relativa e pode sucumbir diante de prova inequívoca produzida pelo devedor.

Portanto, são requisitos para ajuizamento da execução: a existência de um débito de natureza fiscal ou à ele equiparado; débito líquido, certo e exigível; inscrição do débito na dívida ativa.

7.3 DA INSCRIÇÃO DO DÉBITO NA DÍVIDA ATIVA

Como visto nos itens anteriores deste trabalho, para que seja possível o ajuizamento da execução fiscal, a Fazenda Pública deve promover a regular inscrição do débito na dívida ativa.

O ilustre professor Araken de Assis ensina que apenas o débito fiscal devidamente inscrito permite o ajuizamento e processamento da execução fiscal⁸:

“Não é todo crédito da Fazenda Pública que comporta execução pelo procedimento da Lei 6830/1980. Somente a chamada dívida ativa, aquela inscrita e expressa no título executivo contemplado no art. 585, VII (ordem numérica resultante da Lei 11.382/2006), cuja principal característica reside na unilateralidade da sua formação (retro, 28.7), executa-se por tal procedimento.”

A inscrição é ato formar que o ente público dever cumprir para que a dívida fiscal possa ser cobrada. Essa inscrição, todavia, não exige o cumprimento formalidades complexas.

A lei estabelece, simplesmente, que a inscrição da dívida ativa será realizada em livro próprio, manualmente ou através de processo mecânico ou eletrônico.

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1.067.

Sobre o ato da inscrição, confira-se o que ensina o ilustre doutrinador Araken de Assis⁹:

“A inscrição se realiza no livro ou fichário do órgão administrativo, por qualquer processo manual, mecânico e eletrônico (art. 2º, § 7º, da Lei 6.830/1980), e, na esfera federal, quanto aos créditos tributários, compete ao procurador da Fazenda Nacional (art. 12, I, da LC 73/1993). Dela se extrairá um traslado designado de certidão da dívida ativa (art. 2º, §6º), que comprovando a causa de pedir da demanda executiva, guarnecerá a respectiva inicial (art. 6º, §§1º e 2º).”

De acordo com o ensinamento do ilustre professor, o título executivo que possibilita o ajuizamento da execução fiscal é o traslado da inscrição da dívida ativa.

O art. 2º, da Lei Ordinária Federal n.º 6.830/80, em seu parágrafo 3º, diz que a inscrição na dívida ativa constitui o ato de controle administrativo da legalidade e será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

O parágrafo 5º, do referido artigo, diz que o termo da inscrição na dívida ativa deverá conter:

- a) o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;
- b) o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
- c) a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
- d) a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
- e) a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. op. cit., p. 1081.

- f) o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Já o parágrafo 6º diz que a certidão de dívida ativa conterá os mesmos elementos do termo de inscrição e, para ter validade, deverá ser autenticada pela autoridade competente.

Analísado a sistemática de criação da certidão de dívida ativa, vê-se, que a execução fiscal tem como base em um título executivo criado unilateralmente pela União, sem concordância ou aceitação do devedor. Sobre esse tema, confirmam-se as palavras dos ilustres professores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁰:

“O título executivo que aparelha a execução fiscal é a certidão da dívida ativa, que tem especial característica de ser um título executivo extrajudicial formado unilateralmente, ou seja, sem a participação direta do devedor. O título não necessita, para sua validade, da concordância ou aceitação do sujeito passivo da obrigação – basta o prévio procedimento administrativo, de que o administrado pode participar em contraditório.”

Quando ao tempo em que será inscrito o débito, o ilustre doutrinador Araken de Assis ensina que esse ato pode ocorrer quando esgotado o prazo fixado por lei. Esse prazo dependerá da natureza da dívida. Confira-se o que diz o ilustre professor¹¹:

“O crédito fazendário somente é inscrito ‘depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão proferida em processo regular’ (art. 201 do CTN). E esclarece o art. 160 deste diploma que o vencimento do crédito tributário ocorre trinta dias após a notificação do sujeito passivo do lançamento, se a lei não fixar, expressamente, o tempo do pagamento. Quando ao crédito não tributário, existirá inscrição se o obrigado não cumpriu a obrigação, no tempo e modo devidos. Como se vê, a inscrição abrange créditos já exigíveis.”

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. op.cit., p. 575.

¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. op. cit., p. 1.086.

7.4 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Apesar de ser um título criado de forma unilateral, quando constatado o não pagamento da dívida, no caso de débito de natureza fiscal, a Fazenda Nacional notifica o devedor da existência do débito abrindo prazo para o mesmo: pagar o débito; apresentar defesa em processo administrativo e; não pagar e sofrer as consequências da execução fiscal.

Expirado o prazo concedido ao contribuinte, não existindo o pagamento ou recurso, a Fazenda Pública poderá imediatamente inscrever o débito e ajuizar a execução fiscal.

Caso o devedor apresente defesa, essa será julgada pelo órgão administrativo competente, sendo analisado, inclusive, se for o caso, os recursos cabíveis.

Após a regular tramitação do processo administrativo, se acolhido o recurso do contribuinte, o débito será extinto.

Não sendo acolhido o recurso do contribuinte, com a devida análise de todos os recursos ajuizados por ele, será o contribuinte notificado da decisão administrativa definitiva, sendo concedido novo prazo para pagamento.

Expirado esse novo prazo, não existindo o pagamento da dívida, a Fazenda Pública poderá imediatamente inscrever o débito na dívida ativa e ajuíza a execução fiscal.

7.5 DOS PRIVILÉGIOS DO EXEQUENTE

Nossa legislação estabelece, dentro da demanda que objetiva cobrar a dívida ativa, uma série de privilégios para a Fazenda Pública e para os entes

legitimados a ajuizar a execução fiscal.

O principal privilégio é, sem dúvida, é a prerrogativa de poder constituir de forma unilateral o título executivo.

Também constitui um importante privilégio o fato da certidão de dívida ativa possuir presunção de certeza, liquidez e exigibilidade. Diante dessa presunção, ocorre a inversão do ônus da prova, de forma que o devedor fica com a obrigação de provar a ilegalidade da cobrança.

Além disso, nossa legislação permite que o exequente corrija eventuais defeitos no título executivo sem que isso implique em extinção da execução fiscal. Essa é uma prerrogativa que o particular não possui na execução prevista no CPC.

Quanto à esse aspecto, veja-se o que ensina o ilustre doutrinador Misael Montenegro Filho¹²:

“No panorama normal de uma demanda que particulares, nenhum deles gozando de privilégios legais, verificamos que a citação do réu impede o autor de modificar o pedido e a causa de pedir, por força do art. 264, agasalhando o princípio da estabilidade da lide. Na ação de execução fiscal, observamos que a norma em estudo é flexibilizada, podendo a fazenda Pública emendar ou substituir a certidão de dívida ativa até o julgamento dos embargos à execução opostos pelo devedor, desde que a este se confira a prerrogativa de opor novos embargos, no prazo de 30 dias, contados da intimação da decisão que deferir a modificação da ‘causa petendi’.

Além disso, no caso de execução provisória, a Fazenda Pública está dispensada de oferecer caução. Essa dispensa implica em grandes prejuízos para o executado, pois, caso ele consiga desconstituir o título executivo, terá que entrar na fila do precatório para conseguir obter ressarcimento do seu bem alienado em execução provisória.

Dessa forma, vemos que a lei confere ao exequente alguns importantes privilégios na execução fiscal.

¹² MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit., p. 436.

7.6 DO PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Na execução fiscal, o devedor é citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida ou garantir a execução, através de depósito em dinheiro, fiança bancária, oferecimento de bens à penhora.

Caso o devedor, após devidamente citado, não pague a dívida ou não indique bens à penhora, o juiz declarará a indisponibilidade de seus bens, conforme estabelece o art. 185-A, do CTN.

Sobre a declaração de indisponibilidade dos bens, confira-se o que ensina Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹³:

“Citado o devedor tributário, se esse não pagar nem nomear bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz, de acordo com o art. 185-A do CTN (acrescentado pela Lei Complementar n. 118/2005), determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promoverem registro 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.”

Na execução fiscal, a defesa do executado é feita através dos embargos à execução, meio que a Lei de Execuções Fiscais estabelece como único para impugnação da dívida ativa, que só é admitido após garantida a dívida através de oferecimento de bens à penhora.

A Lei Ordinária Federal n.º 6.830/80 diz que, se aprovada a avaliação feita pelo oficial de justiça que promover a penhora, não será realizada avaliação por profissional antes da alienação do bem penhorado.

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 756.

Diz Humberto Theodoro Júnior¹⁴:

“Não haverá, em regra, avaliação dos bens penhorados, nos moldes da execução comum. O próprio termo ou auto de penhora deverá conter a avaliação, ‘efetuada por quem lavrar’ (art.13), isto é, pelo oficial de justiça, ou pelo escrivão, que nesse caso, por não dispor de conhecimentos técnicos, nem contato direto com os bens, terá que se basear em dados fornecidos pela própria parte que oferecer ou nomear bens.

Somente quando impugnada a estimativa do oficial de justiça ou do devedor, é que o juiz ordenará a avaliação judicial ordinária (art. 13, §§ 1º a 3º).”

Dessa forma, a execução fiscal não prevê a realização imediata de avaliação para prosseguimento do feito. Apenas quando impugnada a avaliação feita por quem lavrou o auto de infração será realizada avaliação por profissional habilitado.

7.7 A PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL

A penhora tem um papel especial na execução fiscal. Diferente do que ocorre nas demais modalidades de execução, na execução fiscal, a penhora representa um ônus que o executado deve suportar para que consiga impugnar o débito.

Isso porque o parágrafo primeiro, do art. 16, da Lei Ordinária Federal n.º 6.830/80, estabelece que o embargos do devedor apenas será admitidos após garantido o juízo, através de penhora.

Essa exigência, que condiciona o recebimento da execução fiscal ao oferecimento de bens para garantia de pagamento da dívida, fez com que a penhora se tornasse um pré-requisito para o ajuizamento do embargo à

¹⁴ Humberto Theodoro Júnior. *Processo*. op.cit., p. 533.

execução.

Em virtude dessa onerosa exigência, a penhora dentro da execução fiscal exerce um papel diferenciado do que exerce dentro das demais formas de execução.

Em decorrência das recentes alterações realizadas no CPC, proporcionando profundas alterações no sistema da execução por título extrajudicial, alguns doutrinadores entenderam que houve a revogação tácita do parágrafo primeiro, do art. 16, da Lei Ordinária Federal n.º 6.830/80, que que condiciona a apresentação dos embargos à execução ao oferecimento de bens à penhora, já que o CPC não contemplava tal hipótese.

Devido a essa alteração, na execução fiscal não poderia mais ser exigido o oferecimento de penhora para recebimento dos embargos à execução.

Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que, como as alterações do CPC, não se exigem mais a penhora para o ajuizamento da execução fiscal.

Confira-se os sempre precisos ensinamentos dos ilustres doutrinadores¹⁵:

*“Não se deve, portanto, exigir mais a garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal – de resto, como visto no capítulo sobre as defesas do executado, a dispensa da prévia garantia para o oferecimento da defesa pelo executado é providência que favorece o credor, impondo, assim, a sua aplicação também à execução fiscal”
(...)*

“A penhora não constitui pressuposto necessário e suficiente ao ajuizamento dos embargos; estes podem, então, ser oferecidos antes mesmo da penhora”.

Alguns doutrinadores, todavia, entendem que a Lei de Execuções Fiscais, por ser lei especial, prevalece sobre a lei geral, de forma que as

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 762.

inovações introduzidas pela reforma do CPC só são aplicadas na omissão desta norma especial. Confirma-se o que ensina Anderson Furlan¹⁶:

“O Código deve ser aplicado subsidiariamente, e apenas enquanto não contrariar a lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80, art.1º). Por isso, a Lei nº 11.382/06 não tem o condão de revogar ou alterar matérias postas na lei especial. O prazo para pagamento (Lei nº 6.830/80, art. 8º), a necessidade de garantia do juízo para admissibilidade dos embargos (Lei nº 6.830/80, art. 16. parágrafo 1º), enfim, tudo quanto expressamente previsto na Lei de Execuções Fiscais resta intactamente mantido, não sendo arrostado pelo advento da lei nova.”

Portanto, a doutrina diverge sobre revogação da norma que exige o oferecimento de garantia para o ajuizamento da execução fiscal.

Da mesma forma que ocorre no CPC, a Lei de Execuções Fiscais indica uma ordem de preferência para penhora. Dessa forma, na execução fiscal, a penhora obedecerá, preferencialmente, a seguinte ordem:

- a) dinheiro;
- b) título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- c) pedras e metais preciosos;
- d) imóveis;
- e) navios e aeronaves;
- f) veículos;
- g) móveis ou semoventes;
- h) direitos e ações; e
- i) excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

Mesmo depois de concretizada a penhora sobre os bens indicados, o devedor pode, a qualquer tempo, requerer a substituição deles por outros mais convenientes. Quando essa substituição se der por dinheiro ou carta de

¹⁶ FURLAN, Anderson. A nova Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.º 152, maio/08. São Paulo Oliveira Rocha, 2008. p. 23.

fiança bancária, a substituição será deferida de imediato pelo juiz. Quando for por outro bem, dependerá de concordância do exequente.

Da mesma forma, a Fazenda Pública pode requerer a substituição dos bens penhorados. Esse pedido, todavia, deverá ser justificado. Confira-se o que ensina Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁷:

“Na verdade, a substituição de bens penhorados, na execução fiscal, depende de requerimento justificado da Fazenda Pública, no caso de comprovada ineficácia. Logo, à execução da hipótese prevista no seu inciso I, o art. 656 do CPC aplica-se à execução fiscal; a fazenda Pública pode, na execução fiscal, requerer a substituição da penhora nas hipóteses previstas nos incisos II e VII de tal art. 656, ou seja, se a penhora não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para pagamento, se, havendo bem no foro da execução, outro houver sido penhorado, se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame, se incidir sobre bens de baixa liquidez, se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem ou se executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 do CPC”.

Portanto, na execução fiscal, a penhora é um elementantíssimo e, apesar de ter os mesmos fundamentos, desempenha um papel diferente da execução prevista no CPC, já que, além de garantir o pagamento da dívida, é requisito para apresentação de defesa.

7.8 A DEFESA DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO FISCAL

Como a execução fiscal é uma execução por título extrajudicial, toda a defesa do devedor deve ocorrer nos embargos, meio adequado para discussão

¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 759.

judicial da dívida ativa, conforme estabelece o art. 38, da Lei de Execuções Fiscais.

Dessa forma, o embargo à execução guarda semelhança com a contestação na ação ordinária, pois é nele que o devedor irá trazer toda a matéria útil para sua defesa.

Ensinam Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁸:

“Na execução fiscal, é bastante amplo do objeto dos embargos, podendo o executado alegar qualquer matéria em seu favor (...)”

O parágrafo 3º, do art. 16, da Lei de Execuções Fiscais, diz, todavia, que o executado não poderá alegar a compensação como defesa no embargo à execução.

Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, no entanto, dizem que o colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a compensação pode ser alegada em embargo à execução quando se tratar de direito líquido e certo. Confira-se¹⁹:

“O STJ já assentou o entendimento segundo o qual, com o advento da Lei n. 8.383/91, a compensação passou a ser regulamentada na esfera tributária, restando possível sua alegação em sede de embargos do executado. Quer dizer que está superado o óbice do § 3º do art. 16 da Lei nº 6.830/1980, sendo possível ao executado alegar, em seus embargos, a compensação, desde que haja direito líquido e certo ao crédito. Vale dizer que somente é possível ao executado alegar compensação em seus embargos quando se tratar de direito líquido e certo, não sendo necessária dilação probatória, a exemplo do que sucede nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade de tributo”.

Dessa forma, até mesmo a compensação pode ser alegada em sede de embargos à execução.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op.cit., p. 765.

¹⁹ Ibidem., p. 763.

A Lei de Execuções Fiscais é omissa sobre os efeitos em que o embargo do devedor deverá ser recebido pelo magistrado, ou seja, não diz se o magistrado deve receber a embargo no efeito suspensivo e devolutivo ou apenas em um deles. Em virtude dessa omissão, o CPC é utilizado, de forma subsidiária, para estabelecer os efeitos em que o embargos do devedor deverá ser recebido pelo magistrado.

Dessa forma, com base especialmente no art. 738, do CPC, o embargos do devedor sempre era recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Com a revogação do referido dispositivo legal, decorrente da entrada em vigor da Lei Ordinária Federal n.º 11.382/06, o embargos do devedor deixou de ter o efeito suspensivo automático, passando a ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Todavia, para evitar possíveis lesões aos executados, o parágrafo primeiro, do Art. 739-A, do CPC, permite que o magistrado, a requerimento da parte, atribua efeito suspensivo aos embargos, quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente.

Portanto, com a recente alteração legislativa, o embargos à execução fiscal deixou de ter efeito suspensivo automático, sendo, contudo, facultado ao magistrado atribuir esse efeito, através de decisão específica.

A reconvenção não é permitida da execução fiscal. As exceções de suspeição, impedimento ou incompetência deverão ser arguidas em peças apartadas.

A denunciação à lide, o chamamento ao processo e a nomeação à autoria, em virtude de suas características, também não são admitidos na execução fiscal.

Confira-se o ensinamento de Ernane Fidelis dos Santos²⁰:

“Não se admite, nos embargos do devedor, se faça ‘denúnciação à lide’ ou ‘chamamento ao processo’. Ambos os institutos são ações de conhecimento, propostas incidentalmente. A primeira objetiva a condenação do denunciado, por direito de regresso. (arts. 70 a 76); o segundo também, mas sendo ainda hábil a estender o campo da lide principal de forma a permitir a condenação do chamado (arts. 77 a 80). Os embargos, no caso, não se prestam a tal fim, já que são de pura natureza desconstitutiva (do título ou da execução), neles não cabendo nenhum pedido de reconhecimento de obrigação, mesmo porque ninguém está a pedir condenação do devedor, a ponto de lhe propiciar qualquer direito de regresso”.

Diante do todo exposto, vemos que, em regra a defesa do devedor na execução fiscal deve ser realizada através dos embargos do devedor, medida que a legislação estabelece como meio adequado para discussão da dívida ativa.

7.8.1 Da Exceção de Pre-executividade

Como nossa legislação estabelece que as nulidades absolutas podem ser alegadas a qualquer momento e em qualquer fase do processo, a doutrina e a jurisprudência admitem que esse vício pode ser alegado, na execução fiscal, antes mesmo de garantido a juízo através do oferecimento de penhora ou depósito.

Essa medida, realizada antes do oferecimento de garantia, ficou conhecida na doutrina e na jurisprudência como “exceção de pré-executividade”.

²⁰ SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil – Execução e processo cautelar*. 11 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 v. p. 53 e 54.

Ernane Fidelis dos Santos reconhece o cabimento da exceção de pré-executividade. O ilustre doutrinador, todavia, discorda no nome conferido pela doutrina e pela jurisprudência à medida. Confira-se²¹:

“Se a execução, no entanto, for nula, em qualquer fase processual, poderá e deverá o juiz reconhecê-la, haja vista que a parte poderá alegá-la, e sem nenhuma condição, isto é, sem necessidade de garantia do juízo. É o que impropriamente se convencionou chamar de pré-executividade, que, na verdade, é simples oposição de inabilidade do título para instauração do processo executório. Tal forma defensiva só pode referir-se à inexistência de título executivo hábil à instauração da execução, o que afasta qualquer possibilidade de alegação de excesso de pretensão executória, mormente no que se refere à dedução de acessórios”.

Humberto Theodoro Júnior ensina que a exceção de pré-executividade pode ser ajuizada independente de oferecimento de garantia, quando versar sobre matéria de ordem pública e possuir prova pré-constituída, que independa de dilação probatória. Confira-se as sempre sábias palavras do ilustre professor²²:

“Está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré-executividade, independente da penhora ou do depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento dos embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligadas às condições da ação executiva e de seus pressupostos processuais.

O que reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor e versar sobre questão de direito ou de fato documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade. As matérias de maior complexidade, no tocante à análise do suporte fático, somente serão discutíveis dentro do procedimento regular dos embargos”.

Assim, a exceção de pré-executividade é admitida na defesa do

²¹ SANTOS, Ernane Fidelis dos. op.cit., p. 53 e 54.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e tutela de urgência*. 45 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 2 v. p. 428.

executado. No entanto, ela só pode versar sobre a nulidade do título executivo, vedada qualquer outro tipo de discussão antes de garantido o juízo.

7.9 DA INDISPONIBILIDADE DE BENS ESTABELECIDADA PELO ART. 185-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Código Tributário Nacional (CTN) contém um dispositivo importante que trata do andamento da execução fiscal. Esse dispositivo é o art. 185-A.

O referido artigo, introduzido no CTN pela Lei Complementar n.º 118/05, estabelece que o magistrado deve determinar a indisponibilidade dos bens do devedor quando ele não oferecer bens à penhora e quando não forem encontrados bens suficientes para garantia do juízo. Confira-se o texto do artigo:

“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.”

Na leitura do referido artigo, vê-se que a declaração de indisponibilidade apresenta-se não como uma faculdade do magistrado, mas como uma obrigação.

O art. 185-A, com objetivo de forçar o devedor a apresentar penhora ou saldar a suposta dívida, criou uma verdadeira sanção para o devedor omissor.

Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ensinam que esse dispositivo tirou a característica de simples ônus que a penhora possuía, transformando-a um verdadeiro dever para o executado. Confira-se²³:

“A nomeação de bens à penhora constitui um ônus do executado. Ao prever a dita indisponibilidade, o art. 185-A, do CTN, ao que parece, transformou a nomeação de bens em dever do executado, deixando de ser um ônus. É que não feita a nomeação e não encontrando bens, será determinada a indisponibilidade do patrimônio do executado”

Na leitura do art. 185-A, do CTN, nota-se que a indisponibilidade dos bens do executado só pode ocorrer quando estiverem presentes os seguintes elementos:

- a) crédito de natureza tributária;
- b) citação regular do devedor;
- c) não realização de pagamento ou nomeação de bens à penhora no prazo legal;
- d) não localização de outros bens penhoráveis.

O primeiro requisito para decretação da indisponibilidade dos bens do executado não demanda maiores ponderações, pois, por ser o art. 185-A uma norma inserida dentro do CTN, obviamente a dívida que servir de base para a decretação da indisponibilidade deve ser de natureza tributária.

Vale ressaltar que as anuidades cobradas por conselhos profissionais, com exceção da cobrada pela Ordem dos Advogados do Brasil, são de natureza tributária, conforme vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça²⁴.

A regular e válida citação do devedor é essencial para que seja declarada a indisponibilidade dos bens, pois a referida norma só prevê tal

²³ Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. op.cit., pg. 757.

²⁴ Recurso Especial n.º 928.272/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, Dje 04/11/2009.

“sanção” para o devedor omissor.

Assim, em uma execução fiscal onde não ocorreu a citação inválida, não se pode declarar a indisponibilidade dos bens do devedor.

Como a norma é aplicável apenas ao devedor omissor, a não realização de pagamento ou nomeação de bens à penhora no prazo legal é imprescindível para a utilização da regra contida no art. 185-A, CTN. Se o devedor, dentro do prazo legal, espontaneamente apresenta bens à penhora, independente da liquidez, da capacidade de garantia do total da dívida ou da obediência à lista de preferência para penhora, o magistrado não pode declarar a indisponibilidade do patrimônio do devedor, pois ele não foi omissor.

Por fim, ao estabelecer que indisponibilidade dos bens do devedor só será declarada quando não localizados outros bens penhoráveis, o dispositivo legal exige que o devedor realize diligências para localização de bens passíveis de penhora, para que só então, cumpridas tais diligências, seja determinada a indisponibilidade.

É o que ensina Marcel Citro de Azevedo²⁵:

“Chamado a se defender do processo executivo, e não pago o montante exequendo nem oferecidos bens à penhora, o requisito final para a utilização da medida pressupõe que tenham sido documentados nos autos, seja através das certidões lavradas por oficiais de justiça, seja por manifestação expressa do credor, que efetivamente houve esforços tendentes a localizar ativos penhoráveis nos diversos órgãos de registro de bens.”

Assim, para que seja possível a decretação da indisponibilidade dos bens na execução fiscal, o credor deve provar nos autos que realizou todas as diligências necessárias para encontrar bens do devedor para a penhora.

Portanto, é imprescindível que o credor realize as diligências

²⁵ AZEVEDO, Marcel Citro de. A Penhora de Ativos Financeiros: o artigo 158-A do Código Tributário Nacional e o Princípio da Menor Onerosidade. *Curso Modular de Direito Tributário*, org. BRUM, Paulo Afonso Vaz; PAULSEN, Leandro. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 284.

necessárias para localizar bens do devedor. Somente após realização dessas diligências é que se pode decretar a indisponibilidade do patrimônio do devedor.

Nota-se que, muito mais do que estabelecer uma atitude que deve ser tomada pelo magistrado no caso de não oferecimento de bens à penhora, a regra contida no art. 185-A, CTN, estabelece verdadeiros requisitos que devem estar presentes quando o magistrado for realizar qualquer bloqueio de bens dentro na execução fiscal.

7.10 DOS LIMITES DA EXECUÇÃO FISCAL

Por ser uma medida judicial, a execução fiscal deve respeitar todos os limites estabelecidos pela legislação pátria. Esses limites são imprescindíveis para a validade do processo executivo.

O ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco ensina que tutela executiva deve respeitar, em especial, dois tipos de limites: políticos e naturais. Diz o ilustre doutrinador:

“A tutela executiva, como a tutela jurisdicional em geral, é sujeita a certas limitações ditadas pela natureza das coisas (certas resistências não há como serem vencidas) ou por opções políticas do constituinte e do legislador (certas medidas não convém que seja impostas, ainda quando na prática seja factíveis – impenhorabilidades etc – infra, nn 1.539 ss.). São sempre situações em que a ordem jurídica se refreia e se contém, renunciando em alguma medida a produzir os resultados práticos que constituem a essência da tutela jurisdicional: um fazer personalíssimo não realizado quando a única pessoa que poderia realizá-lo se nega a fazê-lo, ou bem de família não será penhorado etc.”

Com relação aos limites políticos, ensina Cândido Rangel Dinamarco²⁶:

“Os limites políticos integram um binômio de equilíbrio entre valores, segundo o qual a execução deve buscar a satisfação integral do credor, mas sem sacrificar demasiadamente o devedor. Há regras de limitação política referente (a) à pessoa do obrigado, (b) a seu patrimônio e (c) aos meios processuais empregados para chegar à satisfação do credor”.

Nas palavras do ilustre professor, a impossibilidade de prisão por dívida, a regra da menor onerosidade do executado e a impenhorabilidade dos bens de família são exemplos de limitações políticas.

Em outro trecho de sua obra, o ilustre professor diz que “a lei não exaure as hipóteses de limitações políticas à execução, sendo dever do intérprete a identificação de casos em que esta não será admissível por voltar-se contra aquele mínimo indispensável e desfalcando a esfera de direitos fundamentais”.

Quanto às limitações naturais, o ilustre doutrinador ensina que diz respeito a circunstâncias que independem da vontade das partes. Confira-se²⁷:

“São limites naturais à execução os óbices decorrentes das leis físicas, quer referentes aos bens, quer à vontade das pessoas. Se a coisa devida se perdeu ou destruiu, obviamente não será possível a execução específica sobre ela, sendo imperioso converter a obrigação em pecúnia – e assim mesmo mediante pedido do credor (arts. 461, § 1º, e 627)”.

Dessa forma, sob pena de nulidade, o demanda executória deve respeitar os limites naturais e políticos indicados pelo professor Cândido Rangel Dinamarco.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. rev. e atual.* São Paulo: Malheiros, 2009. 4 v. p. 40 e 60.

²⁷ Ibidem. p. 61 e 62.

8 DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE DO EXECUTADO

O art. 620, do Código de Processo Civil (CPC), estabelece que, quando por vários meios o credor puder fazer a execução, o juiz mandará que se faça pelo meio menos oneroso para o devedor.

Esse dispositivo legal contempla o instituto denominado pela doutrina e jurisprudência majoritária como “princípio da menor onerosidade do executado”.

O Princípio da Menor Onerosidade do Executado é o instituto que garante que a execução utilizará, dentre as opções existentes, aquela que traga menos prejuízos para o devedor, de forma a estabelecer um equilíbrio entre a efetividade da execução (satisfação do direito do credor) e os direitos do executado.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, o princípio da menor onerosidade do executado é um desdobramento do princípio da proporcionalidade. Confira-se¹:

“O disposto no art. 620 não é mais do que desdobramento do princípio da proporcionalidade, que permeia todo o direito (não só o processual). Pelo princípio da proporcionalidade, sempre que houver necessidade de sacrifício de um direito em prol do outro, esta oneração há de cingir-se aos limites o estritamente necessário”.

Trata-se de um instituto que, dentro do sistema que garante ao credor o direito de exigir o cumprimento de obrigação não adimplida, protege o devedor contra eventuais abusos, estabelecendo um equilíbrio entre os direitos das partes, de forma a evitar prejuízos demasiados para qualquer um deles.

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil - Execução*. 11 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2 v. p. 163.

O ilustre professor Pontes de Miranda ensina que o magistrado tem o dever aplicar a regra contida no art. 620, do CPC. Confira-se²:

“Na aplicação do art. 620, o juiz não tem o arbítrio, mas sim dever de escolher o modo menos gravoso para o devedor”.

O princípio da menor onerosidade do devedor é um verdadeiro núcleo de uma premissa instituída pelo legislador e que visa garantir que o devedor sofra as consequências de sua inadimplência sem exageros.

Confira-se o ensinamento do ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco³:

“Essa disposição representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao devedor contra excessos executivos, inspirado nos princípios da justiça e da equidade, sabendo-se que essa proteção constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência à humanização”.

Marcel Citro de Azevedo ensina que o princípio da menor onerosidade tem a função de orientar a aplicação das diversas regras e procedimentos contemplados no nosso sistema de execução forçada. Confira-se as palavras do ilustre doutrinador⁴:

“O princípio da menor onerosidade referido concretiza a linha humanizadora do sistema de execução atualmente em vigor, configurando norma de direito cuja função é orientar aplicação das diversas regras do procedimento executivo.”

O intuito do legislador de proteger o devedor contra eventuais abusos é facilmente identificado em outras partes da nossa legislação, especialmente no CPC, demonstrando que a norma contida no art. 620 é realmente apenas o centro de uma premissa que rege o demanda executória.

² MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo X: arts. 612-735. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 43.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 4 v. p. 62.

⁴ AZEVEDO, Marcel Citro de. A Penhora de Ativos Financeiros: o artigo 158-A do Código Tributário Nacional e o Princípio da Menor Onerosidade. *Curso Modular de Direito Tributário*, org. BRUM, Paulo Afonso Vaz; PAULSEN, Leandro. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 288.

O ilustre doutrinador Misael Montenegro Filho, ao tratar dos direitos do executado, cita alguns exemplos em que a legislação claramente busca a menor onerosidade do executado. Confira-se⁵:

“Se o devedor possui dois bens, cada qual de valor suficiente para o adimplemento da obrigação, a lei lhe confere a prerrogativa de requer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum para o exequente e será menos onerosa para o devedor (art. 668, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.382/2006). No mesmo conduto de exposição, quando se constatar que a arrematação foi efetivada por preço vil (reles; ordinário; humilde; miserável, segundo ensinamento enciclopédico), aconselha-se o seu desfazimento, o que pode embasar a oposição dos embargos à arrematação (...)”.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, demonstrando que a menor onerosidade do executado é uma premissa do processo executivo, citam em sua obra diversos exemplos, encontrados no CPC, em que o legislador agiu em respeito a esse princípio. Confirmam-se os exemplos citados pelos ilustres doutrinadores⁶:

- a) a abertura de prazo para o devedor exercer o direito de pedir a substituição do bem penhorado por outro que lhe seja mais conveniente e menos oneroso (art. 688);
- b) o direito do devedor de pedir a substituição, mesmo fora de prazo que inicialmente lhe foi concedido (art. 656);
- c) a possibilidade do devedor ficar com depositário e usufruir do bem penhorado (art. 666);
- d) impenhorabilidade dos bens necessários para sobrevivência do executado e suficiente para lhe garantir a dignidade (art. 649 e 650);
- e) a possibilidade do executado requerer, no prazo dos embargos, o parcelamento de débito (art. 745-A).

Dessa forma, vê-se que a menor onerosidade do executado é uma verdadeira premissa da demanda executória, premissa essa que tem como

⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 2 v. p. 227.

⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. op.cit., p. 163.

ponto central o art. 620, do CPC.

A referida premissa garante o devedor contra abusos de direito por parte de credor, devendo, na execução, sempre se buscar a satisfação no crédito e não a satisfação de um desejo de vingança. É o que ensina o ilustre doutrinador Anderson Furlan⁷:

“O ‘favor debitoris’ garante ao devedor que o processo não será utilizado como meio de vingança ou escárnio. A execução não se prestará a fomentar sentimento que extrapolem o âmbito patrimonial da causa. Possuindo o devedor vários imóveis desocupados, não se alienará justamente aquele em que residem, por exemplo, os genitores do devedor, mesmo que com vistas a demonstrar do que é capaz contra quem não lhe paga pontualmente, assim deseje o credor.”

8.1 O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE NÃO PODE IMPEDIR A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTÓRIA

Apesar de ser uma premissa que norteia a execução forçada, o princípio da menor onerosidade do executado não tem o poder de afastar o objetivo da demanda executória que é a satisfação do crédito do exequente. Tampouco pode servir de escudo para postergação de pagamento de débitos.

Nesse contexto, não existindo no caso concreto opção menos onerosas para realização da execução, o princípio da menor onerosidade do executado não produzirá qualquer efeito, pois o credor tem o direito de receber o que lhe é devido.

Esse princípio não tem e não pode ter o objetivo de dificultar a execução ou acobertar maus pagadores. Ele apenas deve evitar que ocorram eventuais abusos do direito de cobrar.

⁷ FURLAN, Anderson. A nova Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.º 152, maio/08. São Paulo Oliveira Rocha, 2008. p. 21.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que o instituto da menor onerosidade do devedor não deve representar um descaso com relação ao direito do credor, devendo lhe ser oferecida a tutela jurisdicional necessária para satisfação do seu crédito. Confira-se o que diz o ilustre professor⁸:

“(...) as generosidades em face do executado não devem mascarar um descaso em relação ao dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver um direito insatisfeito, sob pena de afrouxamento do sistema executivo. É preciso distinguir entre o devedor infeliz e de boa-fé (...) Quando não houver meio menos oneroso para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos.”

Além disso, o respeito ao princípio da menor onerosidade do executado não pode implicar em prejuízo para o devedor no desenvolvimento da execução fiscal.

Não é admitido que, sob a alegação de menor onerosidade do executado, se tire a efetividade da execução ou dificulte o andamento da demanda executória.

O princípio da menor onerosidade deve sim ser observado e respeitado quando for possível, mas deve ser respeito do direito do credor e a efetividade da tutela executória.

Confira-se o que ensina Anderson Furlan⁹:

“A execução deve, sim, ser processada da maneira menos gravosa para a parte executada, mas desde que isto não signifique a inoperância da execução para concretizar os objetivos para os quais foi instituída. Por isso, interpretado de forma razoável, permite o art. 620 do Código de Processo Civil – CPC que, por exemplo, entre dois imóveis de igual valor e idêntica situação jurídico-processual, pertencentes à mesma parte executado, seja penhorado aquele onde não funcione a sede da empresa. Ou que entre a penhora de um dos caminhões da empresa e o automóvel luxuoso, penhore-se este último.”

O princípio da menor onerosidade não é absoluto e sua aplicação deve

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op.cit. p. 63.

⁹ FURLAN, Anderson. op. cit., p. 22.

ser afastada quando o direito de credor ficar flagrantemente ofendido, pois quando dois princípios ou direito se colidem, deve-se estabelecer o equilíbrio através dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É o que ensina o ilustre doutrinador Arthur César de Souza¹⁰:

“(...)parte-se do pressuposto de que não há princípio constitucional absoluto, no sentido de que deve ser aplicado na perspectiva do tudo ou nada. Pelo Contrário, o ponto de partida desta reflexão é justamente a flexibilização dos princípios constitucionais, no sentido de que havendo um conflito ente eles, a máxima da proporcionalidade ou da razoabilidade e que deve prevalecer para se tentar encontrar uma solução équo e justa, por vezes inusitada, no sentido de que se possa tornar eficaz tanto o princípio da efetividade da tutela jurisdicional em prol do credor quanto o direito fundamental social”.

Portanto, dentro do processo de execução, o magistrado, sempre que possível, deve observar o princípio da menor onerosidade do executado, sob pena de nulidade do ato. No entanto, não existindo a possibilidade da condução da execução de maneira menos gravosa para o executado, o princípio da menor onerosidade do executado perde sua efetividade, na medida em que se deve garantir o direito do credor e a conclusão da tutela executória.

8.2 O ART. 620, DO CPC, ESTABELECE UMA REGRA OU UM PRINCÍPIO?

Ao se realizar a leitura do art. 620, do CPC, surge uma dúvida: dispositivo legal estabelece uma regra ou um princípio?

Essa resposta é de extrema importância, pois as regras são interpretadas

¹⁰ SOUZA, Arthur César de. Análise econômica e social da penhora no âmbito da execução fiscal sob a perspectiva da imparcialidade do juiz. *Revista Tributária de Finanças Públicas*. n.º 09, ano 18, jan-fev/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 14.

de forma diferente dos princípios. Assim, a classificação do instituto é imprescindível para se determinar seus efeitos.

Princípios são premissas que norteiam os atos praticados em determinado sistema jurídico. Sempre que o operador do direito for realizar algum ato, ele deve observar o que determinam os princípios, sob pena de invalidade da medida. Até mesmo o legislador deve respeitar os princípios no momento da elaboração de novas normas.

Os princípios criam fundamentos que o operador do direito deve se observar no momento de fundamentar e conduzir seus atos.

O princípio por ser geral e não tratar de determinada situação específica, é um instituto que não cria, por si só, solução definitiva para um conflito. O princípio deve ser conjugado com outros princípios e com as regras para que se possa extrair a melhor forma de conduta em cada caso¹¹.

Arthur César de Souza, em sua obra, ensina que os princípios estabelecem um limite para a subjetividade do magistrado. Confira-se¹²:

“Os princípios, portanto, constituem critérios objetivos de interpretação e aplicação do Direito que impõem ao julgador o dever de sua observância, evitando, desta maneira, que ele lance mão de eventuais concepções meramente subjetivas”.

Os princípios são, portanto, elementos que devem ser considerados antes da realização de qualquer ato dentro do sistema jurídico para o qual foram criados.

É, por exemplo, um princípio a norma contida no art. 5º, da Constituição Federal Brasileira, que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Note-se que é uma

¹¹ DEUS, Fernando Barroso de. Da menor onerosidade do executado – regra ou princípio jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*. n.º 65, ago/08. São Paulo: Oliveira Rocha, 2008. p. 38.

¹² SOUZA, Arthur César de. op. cit., p. 26.

norma que traz diretriz geral e que deve ser aplicada analisando-se o caso concreto e confrontando-se com outros princípios.

As regras, em contrapartida, são normas que estabelecem uma forma de conduta definitiva. Estabelece de que maneira a situação será conduzida, sem espaço para subjetividade do magistrado.

Fernando Barroso de Deus ensina que as regras são normas de onde se extraem posicionamentos bem definidos e, de uma maneira geral, delimita-se a conduta esperada, podendo ser aplicadas sanções em decorrência da sua não observância.

Confira-se o que diz o ilustre doutrinador¹³:

“De acordo com a doutrina clássica, regras são normas que, quando submetidas à contraposição às outras regras, ou se revogam, ou se excepcionam provisoriamente. De forma mais simples, ocorrendo determinada situação, e neste caso, ensejando-se a aplicação de regras jurídicas colidentes, decide-se ou pela revogação de uma regra em detrimento da outra, ou pela aplicação de uma, excepcionalmente, na respectiva situação.

As regras, portanto, são normas específicas e que determinam como se deve agir dentro da situação para a qual foi criada, de forma objetiva e com a menor margem para interpretação.

É exemplo de regra a norma contida no o art. 591, do CPC, que estabelece que o devedor, no cumprimento de suas obrigações, responde com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei, e a norma contida no art. 483, do CPC, que estabelece que a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Note-se que as regras são auto-aplicáveis e que não dependem de análise subjetiva do caso.

¹³ DEUS, Fernando Barroso de. op.cit., p. 38.

Com relação à diferença entre regras e princípios, o ilustre colega Arthur César de Souza ensina¹⁴:

“(...) Apenas as regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios atuam de outra maneira; eles conduzem a decisão em uma direção, em que pese de maneira não conclusiva. Além do mais, sobrevivem intactos quando não prevalecem.”

Fernando Barroso de Deus ensina¹⁵:

“Como se pode notar, diferente das regras jurídicas, os princípios não predeterminam condutas e tipificações. São menos concretos, menos rígidos e de aplicabilidade mais maleável. Para os princípios a colisão implica a ponderação, sopesamento, a aplicação caso a caso do princípio que melhor se coaduna a tutela em debate.”

Analizando a norma contida no art. 620, do CPC, vemos que ela não estabelece uma solução definitiva para determinada situação específica. Ela traça solução abstrata que dependerá de análise de cada caso.

Além disso, a norma contida no art. 620, do CPC, não é afastada completamente da lide quando sua premissa é desconsiderada uma vez. Assim, se em determinado momento essa norma não é atendida, em outro momento ela pode ter efetividade, demonstrando que efetivamente trata-se de um princípio.

Essa conclusão é lógica e decorre de uma simples análise do texto do citado artigo que prevê que *“quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”*

Dessa forma, a norma contida no art. 620, do CPC é um verdadeiro princípio e como tal deve ser observado pelo magistrado sempre quando for decidir sobre qualquer ato dentro da execução.

¹⁴ SOUZA, Arthur César de. op. cit., p. 27.

¹⁵ DEUS, Fernando Barroso de. op.cit., p. 39.

O ilustre professor Pontes de Miranda, alheio à essa questão, classifica a regra contida no art. 620 com uma regra. Essa regra, todavia, é aplicada na interpretação das leis. Confira-se as palavras do ilustre professor¹⁶:

“Trata-se de regra jurídica de interpretação das leis e dos atos jurídicos”.



¹⁶ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. op.cit., p. 40.

9 O SIGILO BANCÁRIO

A Constituição Federal Brasileira (CF) garante aos cidadãos o direito a intimidade, o sigilo de correspondência e das comunicações. Essas proteções estão esculpidas nos incisos “X” e “XII”, do art. 5º. Confira-se o texto do referido artigo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável 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 ou instrução processual penal;

(...)”

Ao estabelecer a inviolabilidade da vida privada, da intimidade e das correspondências, nossa legislação automaticamente estabeleceu a inviolabilidade das informações relativas à movimentações bancárias, criando assim o chamado “sigilo bancário”.

A Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, ao estabelecer, em seu art. 1º, que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, tornou indubitado o direito ao sigilo bancário.

A referida lei complementar estabelece, inclusive, que o desrespeito ao sigilo bancário configura crime, sujeito a pena de reclusão. Confira-se o que diz o art. 10, da referida norma:



CLEITON SOUZA

Advogado e Consultor Jurídico

“Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.”

O sigilo bancário, portanto, é um instituto consagrado no direito brasileiro e de extrema importância, na medida em que garante ao cidadão a prerrogativa de manter e movimentar contas bancárias livremente em sigilo, devendo tal direito ser respeitado, sob pena de configuração de crime.

Apesar de ser um direito constitucionalmente garantido, para garantia da ordem pública, a própria Constituição Federal Brasileira diz que o direito ao sigilo bancário poderá ser “quebrado” em virtude de ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Regulamentando o estabelecido na CF, a Lei Complementar n.º 105/2001, estabelece em quais hipóteses o sigilo bancário será afastado e o acesso a informação dos particulares poderá ocorrer sem que qualquer crime seja cometido. Além disso, a referida Lei Complementar estabeleceu quando pode ocorrer a troca de informações bancárias sem que ocorra ofensa ao sigilo bancário.

Assim, de acordo com a Lei Complementar 105/2001, não representa ofensa ao sigilo bancário:

- a) a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- b) o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo

Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

- c) o fornecimento de informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações à Secretaria da Receita Federal, nos termos, nas condições e nos prazos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda;
- d) a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;
- e) a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;
- f) obtenção de informações pelo Banco Central em razões do exercício de suas funções;
- g) fornecimento de informações pelas instituições financeiras ao Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide;
- h) fornecimento de informações ao Poder Legislativo que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais;
- i) fornecimento de informações das instituições financeiras, à administração tributária da União, quanto às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços;
- j) fornecimento de informações às autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Assim, fora das hipóteses acima mencionadas, o acesso a informações bancárias é absolutamente proibido, sendo, inclusive, considerado crime.

Analizando a legislação que instituiu o sigilo bancário, vemos que esse instituto é sólido e deve ser respeitado. Mesmo nas situações em que o acesso a tais informações é permitido, essa prerrogativa deve ser utilizada com cautela e apenas quando a situação demandar tal prática, sendo vedado o acesso indiscriminado às informações sigilosas do cidadão.

Dessa forma, mesmo nas hipóteses em que a quebra do sigilo bancário é

permitida, o agente só pode agir quando caso não puder ser solucionado de outra forma, ou seja, quando a quebra do sigilo bancário for sem dúvida imprescindível.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela ilegalidade da quebra do sigilo bancário quando não demonstrados motivos para realização do ato. Confira-se a ementa do referido julgado¹:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVO HÁBIL. PROTEÇÃO E GARANTIA CONSTITUCIONAL.

A proteção da privacidade do cidadão, na qual se inserem os sigilos bancário e fiscal, envolve uma garantia constitucional relativa, somente afastada pelo critério da proporcionalidade e da efetiva necessidade da medida de constrição.

No caso, não foram eficientemente comprovados os motivos pelos quais os recorrentes poderiam sofrer a invasão ao seu direito de privacidade, sendo de bom senso nesta situação resguardar a regra geral e protetora do sistema de garantias fundamentais.

Recurso provido.”

Portanto, se no caso concreto existir a possibilidade de solução eficaz por outros meios e a quebra do sigilo bancário não for imprescindível, mesmo nas hipóteses em que a lei diz que é permitida essa prática, o ato será ilegal e criminoso, na medida em que ficará configurado o com abuso de poder e a ofensa ao princípio da proporcionalidade.

¹ RMS 25.174/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJe 14/04/2008.

10 DA PENHORA ON LINE

O art. 655, do Código de Processo Civil (CPC), estabelece expressamente a possibilidade de penhora de dinheiro. Confira-se a redação original do referido artigo:

*“Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:
I – dinheiro;
(...)”*

Esse tipo de penhora, em demandas envolvendo dívidas em dinheiro ou que podem ser convertidas em dinheiro, é perfeita para o credor, pois, além de não exigir atos de alienação, propicia a solução mais rápida e menos custosa da demanda, na medida em que o vencedor da lide, para satisfazer seu crédito, apenas precisa requer a expedição de mandado de levantamento.

Além disso, como a conta judicial, onde o dinheiro será depositado ou transferido, é automaticamente corrigida pela instituição financeira, a garantia não perde sua eficácia como o passar do tempo, evitando-se eventuais reforços de penhora.

A penhora de dinheiro, portanto, é sem dúvida a melhor opção de garantia para o credor.

Esse tipo de penhora, todavia, é a mais onerosa para o devedor, pois retira de seu patrimônio, imediatamente e sem que exista a solução definitiva da lide, a possibilidade de utilização do valor, o que não ocorre no caso da penhora de um imóvel, onde possivelmente o devedor continuaria utilizando o bem até que solução final da lide, pois é praxe em nossos cartórios a nomeação dos próprios devedores como depositários dos bens imóveis.

Em virtude disso, são raros os casos em que o credor oferece dinheiro para garantia da dívida. Também são raros os casos em que uma ordem judicial de penhora em dinheiro alcançava o sucesso, pois, diferente do que

ocorria na época em que a legislação foi criada, nos dias atuais não é usual guardar dinheiro, em espécie, em casa. O dinheiro, nos dias atuais, em regra, fica depositado em instituições financeiras, muitas vezes aplicado em algum fundo que propicie um maior rendimento.

Para corrigir esse problema, a jurisprudência e a doutrina, se adequando à nova ordem social e com objetivo de tornar eficaz o instituto, passaram a admitir que a penhora em dinheiro pudesse atingir os valores depositados em contas bancárias e em aplicações financeiras.

Posteriormente, para adaptar o dispositivo legal à nova realidade estabelecida pela doutrina e pela jurisprudência, a Lei Ordinária Federal n.º 11.382, de 06 de dezembro 2006, deu nova redação ao art. 655, do CPC, de forma a permitir que a penhora atingisse depósitos e aplicações financeiras. Confira-se a nova redação do referido artigo:

*“Art. 655 - A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira
(...)”*

Quanto à alteração realizada pela Lei Ordinária Federal n.º 11.382/06, ensinam Fredie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹:

“O art. 655, I, CPC, estabelece que a penhora deve recair preferencialmente sobre dinheiro, acrescentando a Lei n.º 11.382/2006 a especificação de que pode ser “em espécie ou em depósito ou aplicação financeira”. Esse acréscimo foi feito para deixar claro que a penhora pode recair sobre dinheiro depositado em instituição financeira sempre pareceu óbvio, por não ser comum a prática de guardar dinheiro em espécie em casa, mesmo que o executado tenha outros bens. Mas havia realmente quem interpretasse que apenas dinheiro em espécie poderia ser penhorado, e não aquele depositado em instituição financeira, interpretação no mínimo esdrúxula.”

¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Execução*. rev., atual. e ampli. Salvador: Juspodivm, 2010. 5 v. p. 580.