

Glauber Alves: Pré-penhora pelo Bacen Jud ajuda Vara de Execuções Fiscais

O Recurso Especial 1.357.362, sob a relatoria do ministro Arnaldo Esteves Lima, tramita sob o rito do parágrafo 1º do artigo 543-C do CPC quanto à necessidade de citação de todos os executados — devedores fiscais — para fins de utilização da penhora eletrônica Bacen Jud, conforme decisão de 5 de agosto de 2013.

Vencida a tendência legislativa que buscava implantar um novo Código de Processo Civil despidido da possibilidade de penhora eletrônica, o assunto a ser discutido no processo invocado é da mais alta relevância, considerando o elevado número de execuções fiscais em tramitação na Justiça brasileira. Somente para ilustrar, segundo o último relatório “Justiça em Números do CNJ”, referente ao ano de 2012, constam hoje um total de 25.553.495 execuções fiscais pendentes[1]. Isso equivale a 40% de todos os processos em tramitação no Judiciário brasileiro.

Um primeiro resgate é preciso. Os créditos fiscais derivam de processos administrativos que resultam na inscrição em dívida ativa. São três as modalidades de lançamento tributário: a) direto (também conhecido como de ofício e previsto no art. 149 do CTN); b) por homologação (também conhecido por autolancamento e previsto no art. 150 do CTN); c) por declaração (também chamado misto e previsto nos arts. 147 e 148 do CTN). Tocar à lei instituidora definir a modalidade de lançamento[2].

O lançamento de ofício é procedido pela própria autoridade administrativa, após observar o devido processo legal — notificação do devedor, mediante os dados constantes no cadastro tributário muitas vezes fornecido pelo próprio devedor. O seu item é muito similar ao processo administrativo de dívidas fiscais não tributárias. Já no lançamento por homologação, prescinde-se de “atuação administrativa num primeiro momento; o Fisco apenas aguarda a conduta do sujeito passivo, com o respectivo recolhimento do tributo devido, para, aí sim, analisá-lo, procedendo ou não à sua homologação”[3]. Por fim, no lançamento por declaração “há participação do contribuinte a possibilitar a prática do lançamento”[4].

Dito isso para firmar, muito claramente, que o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa já se fazem presentes no processo administrativo fiscal. Claro e para lá de evidente que isso não torna prescindível a exigência no processo judicial, mas apenas indica precisamente que ao título executivo deve-se dar e reconhecer idoneidade suficiente a não claudicar sua exigibilidade por falsas premissas metodológicas.

Um segundo e mais importante resgate é essencial. Diferentemente do processo de conhecimento ou mesmo cautelar, no processo de execução o devedor é citado não para apresentar resposta e, sim, para pagar ou oferecer bens à penhora. A oposição — defesa — à execução é eventual e pode ser exercida incidentalmente à execução — e.g., por Embargos à Execução, Objeção de Pré-executividade, Ação Ordinária etc. —, sem que isso lhe dê, necessariamente, solução de continuidade ou suspensividade.

Pois bem. O STJ sedimentou que a indisponibilidade do art. 185-A[5] do CTN, aplicável às execuções fiscais, pressupõe prévia citação (REsp 1.184.765, 1ª. Seção, rel. min. Luiz Fux, DJe 3.12.2010). Porém, parece-nos razoável supor que a sistemática cautelar aplicável ao processo executivo não se exaure nesse

preceito legal. O art. 655-A — que subsiste concomitante com o art. 185-A do CTN — albergou, no plano positivo, esse importante mecanismo de eficiência no processo executivo, aplicável à LEF por força de seu art. 1º.

É fato que existem diferenças entre a possibilidade do art. 185-A do CTN (uma tutela de inegável cunho cautelar) e a do art. 655-A do CPC quando feita esta última: a) a título de arresto do art. 653[6] do CPC (portanto, também com índole cautelar, conquanto distinta); b) a título do arresto referido pelos arts. 813[7] a 821 c.c. art. 797[8] do CPC (igualmente de tez cautelar nominada propriamente dita, com possibilidade de dispensa de citação prévia); c) a título de cautelar específica fiscal (Lei n. 8.397/92[9], com possibilidade de dispensa de citação prévia).

Todas essas cautelares possuem requisitos próprios, ora coincidentes, ora não, que não pressupõem a citação — justamente porque pode inviabilizar por completo a eficácia da medida concedida. Atente-se que, mesmo no processo de conhecimento, onde se cogita de acerto e não de realização de direito, é pacífica a aceitação de tutelas de urgência inaudita altera parte, a fim de assegurar a eficácia do provimento jurisdicional (art. 273 do CPC).

Esse ruptura de paradigmas no processo de execução em prol da sua efetividade foi recentemente reafirmada pelo STJ, ao decidir que “nada impede a realização de arresto de valores depositados ou aplicados em instituições bancárias, nos termos do artigo 653 do Código de Processo Civil, pela via on-line, na hipótese de o executado não ser localizado para o ato da citação” (REsp 1.338.032/SP, 3ª Turma, rel. min. Sidnei Beneti, DJe 29/11/2013). Já antes, no mesmo sentido, igualmente decidiu a 4ª Turma (REsp 1.370.687/MG, rel. min., Antonio Carlos Ferreira, DJe 15/08/2013). Essa posição mostra-se, assim, assentada no seio do STJ. Corretamente se define a citação no processo de execução muito mais como ato de conhecimento do processado do que de viabilização de defesa, que ocorrerá apenas eventualmente.

Na qualidade de juiz titular da 11ª Vara de Execução Fiscal da Seção Judiciária de Pernambuco — atualmente com cerca de 20 mil processos em tramitação —, temos buscado a redução sistemática do número de processos em andamento, utilizando a constrição eletrônica Bacen Jud a título cautelar — pré-penhora. Tem havido significativo nível de realização dos créditos fiscais — seja pela conversão da constrição em pagamento, seja pela ausência de qualquer espécie de defesa, seja pela apresentação de bens, seja pelo parcelamento, todos havidos após a indisponibilização eletrônica cautelar. Para se ter uma ideia, o percentual de bloqueio, ainda que parcial, tem sido de 39,7%[10]. O percentual de bloqueio integral tem sido de 6,75% — 586, em números absolutos — contra 3,13% — 124, em números absolutos — de outra Vara de Execução Fiscal com mesma localização, competência e igual número de processos onde não é utilizada a penhora eletrônica Bacen Jud cautelarmente[11].

Esses dados, para além de dúvidas, indicam que cerca de quatro em cada cinco devedores, uma vez citados, desfazem-se de seus numerários em instituições financeiras. É de uma evidência palmar: qualquer pessoa de mediana inteligência imediatamente transferirá numerários e aplicações em seu nome, se for citado e não tiver qualquer intenção de pagar o crédito em cobrança.

O pedido pode ser feito com a inicial, incidentalmente ou mesmo mediante depósito de ofício/petição padrão junto à Secretaria. Não há para quê maiores formalismos quando já se sabe o essencial: devedores desfazem-se/transferem rapidamente numerários para evitar o bloqueio eletrônico tão logo

sejam citados e o sigilo bancária impede que os credores saibam se os devedores estão se desfazendo dos seus bens. A prova exigida dos credores por alguns julgados menos conscientes quanto “aos indícios de que o devedor está se desfazendo dos bens” é impossível e diabólica pelo simples fato de que os credores não têm, por força de sigilo constitucional, acesso aos dados bancários de devedores senão após intervenção jurisdicional.

E exigir-se cautelares de produção antecipada de provas — para acostar os “indícios de desfazimento” —, num universo de 25,5 milhões de execuções fiscais em tramitação, conforme números do ano de 2012, é simplesmente obrigar as Fazendas a dobrar o número de processos, chegando a cinco dezenas de milhões de processos e abarrotando o já exaurido Judiciário. Isso é absolutamente irracional!!!

Em números absolutos, a 11ª Vara conseguiu o bloqueio de valores no importe de R\$ 189 milhões, dos quais, descontados os desbloqueios, tiveram transferências efetivadas o quantum de R\$ 127,4 milhões. A outra unidade jurisdicional, tida como parâmetro, no mesmo período apresentou os valores respectivos de R\$ 25,8 milhões e R\$ 21 milhões.

Se já não fosse tudo isso, importante ainda o fato de que na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor — art. 53, *caput*, da Lei n. 8.212/91. A palavra concomitante, sinônima de simultânea, não enseja, do ponto de vista, exegese do exato momento, como se coubesse ao judiciário cronometrar a realização da penhora à da citação. Em verdade, o concomitante há de ser entendido como a determinação da realização das duas diligências, a não importar qual delas seja realizada primeira.

Por fim, o STJ já assinalou, em sede de execução fiscal, que: a) o dinheiro assume prioridade na ordem de penhora (art. 655, I do CPC; art. 11 da Lei n. 6.830/80 – STJ, 1ª. Seção, REsp 1.090.898, rel. Min. Castro Meira, DJe 31/08/2009; 2ª. T., AgRg no REsp 1.354.452, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/09/2013; 1ª. T., AgRg no REsp 1.247.459, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14/09/2012; 2ª. T., AgRg no REsp 1.365.714, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01/04/2013); b) a inobservância da ordem legal de penhora pressupõe argumentação fundamentada em elementos concretos (1ª. Seção, REsp 1.337.790, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 07/10/2013; EREsp 1.116.070, Primeira Seção, DJ 16/11/2010; AgRg no Ag 1.372.520, Segunda Turma, DJe 17/3/2011); c) os embargos do devedor só excepcionalmente disporão de efeito suspensivo, nos termos do art. 739-A do CPC (1ª. Seção, REsp 1.272.827, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 31/05/2013).

O arresto/medida cautelar prévio à citação é medida que somente visa garantir a eficácia da execução e que não afasta os meios de defesa habituais da execução (objeções de pré-executividade/embargos à execução/ações diversas). E esse sofisma de que tal postura “afeta o direito de defesa” cede passo forte à seguinte realidade: I) em 89,7% dos casos de execução não há qualquer medida de defesa apresentada [\[12\]](#); II) um percentual menor ainda das execuções fiscais, somente 1,6%, são extintas por objeções de pré-executividade/embargos à execução favoráveis aos devedores [\[13\]](#).

Há quem, numa leitura apressada, veja a constrição a título cautelar como eventualmente incidente nas impenhorabilidades absolutas ou relativas (arts. 649 e 650 do CPC). Porém, há de se observar que a constrição eletrônica que inobserve tais cânones só pode ser resolvida mediante iniciativa do devedor, a demonstrar concretamente a situação de impenhorabilidade. Isso ocorrerá seja na constrição cautelar,

seja na definitiva, porque só ele terá os documentos hábeis à comprovação, como exemplos os extratos de caderneta de poupança (para comprovação da impenhorabilidade do inciso X do art. 649 do CPC) ou de conta corrente (para comprovação da impenhorabilidade do inciso III do art. 649 do CPC).

Se (1) o executado não é citado para se defender, mas, sim, para pagar ou oferecer bens à penhora, se (2) o dinheiro goza de preferência legal, se (3) os dados e o senso comum demonstram que os devedores desfazem-se de seus numerários em instituições financeiras tão logo citados — em proporção de quatro para cada cinco devedores — e se (4) o credor não dispõe de acesso às informações bancárias senão mediante ordem judicial, a conclusão inevitável é que a inviabilização do arresto/medida cautelar prévios à citação constituir-se-á em medida de notável retrocesso à efetividade da execução fiscal.

Não há qualquer racionalidade e repugna à lógica jurídica a preservação de um modelo excessivamente protecionista ao titular passivo de uma relação jurídica que, até prova em contrário, deixou de cumprir a tempo e modo suas obrigações. Daí, corretamente, decisão paradigma do TRF-5 assegurar a constrição cautelar invocando, dentre outros argumentos, princípios maiores de utilidade da ação executiva e efetividade da prestação jurisdicional (AG135.171, 1ª. T., rel. Des. Francisco Cavalcanti, DJE 18/12/2013, p. 154). A mesma Corte, em outro julgado exemplar, destacou que "O artigo 797 do CPC prevê que em casos excepcionais o juiz poderá determinar medidas cautelares sem a audiência das partes. É cediço também que o poder geral de cautela previsto no artigo 798 do CPC é aplicável ao processo executivo, quando as medidas se julgarem necessárias para assegurar a efetividade da execução." (AGTR 111.214, rel. Des. Francisco Barros Dias, DJE 03/02/2011).

Assim, menos pela consideração da natureza do crédito executado e mais pela efetividade do grande número de executivos fiscais que tramitam no país, parece-nos fundamentalmente que se há de dar um passo maior em termos de racionalidade e eficácia da jurisdição executiva. Sem essa compreensão, a jurisprudência pode estar abrindo mão daquilo que é sua função ontológica: realizar o direito previamente reconhecido.

[1] «<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>», p. 301. Acesso em 15.10.2013.

[2] COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 241.

[3] COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244.

[4] COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244.

[5] “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”.

[6] “Art. 653. O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução”.

[7] “Art. 813. O arresto tem lugar:

I – quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II – quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;
b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III – quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV – nos demais casos expressos em lei”.

[8] “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”

[9] “Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

I – sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II – tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III – caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;

IV – contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio;

V – notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros;

VI – possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido;

VII – aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei;

VIII – tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário;

IX – pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito”.

[10] Utilizamos como fonte o Sistema de Relatórios Gerenciais do próprio Bacen Jud, tendo como intervalo de pesquisa o período de maio de 2012 a setembro de 2013.

[11] O paradigma é utilizado meramente para ilustração do grau de eficácia da medida, sem qualquer conotação pejorativa para os ilustres magistrados que não concordem com a posição jurídica ora defendida.

[12] Os dados foram colhidos a partir de Estudo do Ipea que integrou a Pesquisa do CNJ, apresentados em evento da Justiça Federal da 5ª. Região por CUNHA, Alexandre Santos. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, p. 8-16.

[13] Os dados foram colhidos a partir de Estudo do Ipea que integrou a Pesquisa do CNJ, apresentados em evento da Justiça Federal da 5ª. Região por CUNHA, Alexandre Santos. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, p. 8-16.

Date Created

20/03/2014