

A INDISPONIBILIDADE DE BENS “ON-LINE” NA EXECUÇÃO FISCAL E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

*Hugo de Brito Machado Segundo**

Introdução. 1 Hipótese de incidência da norma contida no art. 185-A do CTN. 2 Trata-se, realmente, de uma “penhora on-line”? 3 No que o dispositivo inovou? 4 A regra do art. 185-A do CTN e o postulado da proporcionalidade. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO

Neste artigo é examinada a figura da indisponibilidade de bens on-line, no âmbito das execuções fiscais ajuizadas com o propósito de obter a satisfação do crédito tributário. Faz-se análise dos pressupostos de incidência da norma veiculada no art. 185-A do CTN, introduzida no ordenamento pela LC 118/2005. Em seguida, procede-se ao cotejo da proporcionalidade da medida, que se destina a tornar efetiva a tutela de execução, verificando-se se a mesma é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para chegar à finalidade a que se propõe.

PALAVRAS-CHAVE: Penhora. Indisponibilidade de bens. Execução fiscal. Efetividade da tutela. Crédito tributário. Proporcionalidade. Excesso.

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar (LC) n. 118/2005, editada com a finalidade de “adaptar” o Código Tributário Nacional (CTN) à nova “Lei de Falências”, nele inseriu, entre outras inovações, o artigo 185-A, assim redigido:

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

* Advogado em Fortaleza. Mestre em Direito pela UFC. Professor de Direito Tributário da Faculdade Christus. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Tributário da UNIFOR.

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.

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

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

De plano, se percebe, além da violência ao vernáculo¹, que o dispositivo nada tem a ver com a nova Lei de Falências. O mesmo pode ser dito da alteração “interpretativa” da forma de contagem do prazo para se pleitear a restituição do indébito tributário, e de outras “novidades” trazidas pela LC 118/2005. É o que Aires F. Barreto e Gilberto Rodrigues Gonçalves chamam de *expediente de ética discutível*, configurado quando a Administração Federal:

leva ao exame do Congresso Nacional, ou projetos de lei ou medidas provisórias, nos quais mistura assuntos diferentes, sempre com algum aspecto benéfico aos contribuintes sobre o qual gera ampla repercussão, ao mesmo tempo em que escamoteia do debate outros dispositivos gravosos para a coletividade.²

Pondo de lado a questão de como o processo legislativo foi conduzido, e os desdobramentos que a mesma poderia trazer à legitimidade da norma em exame, o certo é que se trata de regra editada com o nítido propósito de dar maior efetividade à tutela executiva fiscal. É sabido que a maior parte dos órgãos judiciários encarregados de processar as ações de execução fiscal, no Brasil, está bastante sobrecarregada. Essa sobrecarga, somada a outras causas não menos relevantes, faz com que muitas dessas demandas terminem não-satisfeitas. A medida determinada pelo art. 185-A do CTN, já alcunhada de “penhora on-line”, tem o claro propósito de evitar que isso aconteça.

A fim visado pela regra, portanto, é válido. Entretanto, a menos que se aceite a máxima de que “os fins justificam os meios”, de resto incompatível com um Estado Democrático de Direito, isso não basta para se considerar válida a alteração legislativa de que se cuida. Deve-se examinar se a mesma, além de

visar ao atendimento de um fim válido, é também meio *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito* para chegar a esse fim.

É o que pretendemos fazer neste texto.

1 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA NORMA CONTIDA NO ART. 185-A DO CTN

Para sabermos se a "indisponibilidade" veiculada pelo art. 185-A. do CTN configura meio *proporcional* para chegar ao fim a que se destina, devemos, primeiro, examinar em que hipóteses, e como, a mesma pode ser decretada. Vejamos.

Pelo que se pode perceber do texto no qual a norma em exame é veiculada, para a sua incidência são exigidos os seguintes pressupostos de fato: (i) existência de um processo de execução fiscal; (ii) realização de citação válida; (iii) decurso *in albis* do prazo legal para pagamento ou oferecimento de bens a serem penhorados; (iv) insucesso na tentativa de localização de bens pelo exequente e pelo órgão judiciário.

É preciso, em outras palavras, que o sujeito passivo da relação tributária, tendo sido executado, *saiba* da existência da execução, e propositadamente se mantenha inerte, não procurando solver a dívida nem oferecer garantias para discuti-la. E ainda: é preciso que o exequente e o juízo da execução tenham tentado encontrar bens penhoráveis e não os tenham localizado. Só depois disso é que a medida extrema poderá ser aplicada.

Percebe-se, portanto, ainda sem fazer qualquer consideração quanto à validade da "indisponibilidade" em questão, que a mesma não pode ser decretada se o executado, citado, apresenta bens à penhora, ainda que estes não sejam aceitos pela Fazenda Pública, ou sejam considerados insuficientes. Do mesmo modo, se, citado, o executado deixa transcorrer o prazo de que dispõe para pagar ou oferecer bens (muitos fazem isso, pois tudo o que perdem é o direito de escolher sobre quais bens a constrição irá recair), a "indisponibilidade" não poderá ser decretada *sem que antes sejam procurados, pelo oficial de justiça, bens penhoráveis*. Só depois de essa procura ser realizada, caso haja total insucesso, a medida poderá ser decretada. Se não houver a tentativa frustrada de cumprimento de mandado de penhora e avaliação, ou se forem localizados bens (ainda que em valor insuficiente), a indisponibilidade também não poderá ser decretada.

É importante fazer essa ressalva para que a norma, caso venha a ser considerada válida, não seja aplicada de modo indevido, com a decretação de medidas ainda mais gravosas, excessivas e desnecessárias que as que dela normalmente já decorreriam.

2 TRATA-SE, REALMENTE, DE UMA "PENHORA ON-LINE"?

Já está difundida, nos meios forenses e acadêmicos, a designação "penhora on-line" para a decretação de indisponibilidade de que se cuida. O adjetivo

“on-line” deve-se ao fato de que a mesma será feita “preferencialmente por meios eletrônicos”.

Mas, é realmente de uma penhora que se está tratando?

Parece-nos que não.

A decretação de indisponibilidade não é, ainda, a penhora. Não dispensa – em nosso entendimento – a formalização da penhora, a partir da qual se inicia o prazo para a oposição de embargos. A natureza da indisponibilidade, do ponto de vista da Teoria do Processo, é de uma “medida cautelar”, destinada a garantir a futura realização da penhora e, por conseguinte, a efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Não se trata de mera filigrana, ou questão terminológica sem importância. Não. A rigor, a distinção é relevante, tanto para fins de contagem do prazo de oposição de embargos do executado, como porque a pessoa à qual a ordem de “indisponibilidade” é dirigida (*v.g.* autoridade de trânsito), não tem competência para realizar atos que são próprios da autoridade vinculada ao poder judiciário (avaliação, eventual remoção etc.).

Assim, uma vez indisponíveis, os bens poderão ser penhorados. É para isso, aliás, que os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* do art. 185-A deverão enviar ao juízo, “imediatamente”, relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido (§ 2.º). De posse das “relações” que receber de todos os órgãos e entidades, o juízo então determinará a realização da penhora sobre aqueles considerados necessários e suficientes à garantia da execução.

Só depois disso é que começará a fluir o prazo para oposição dos embargos.

3 NO QUE O DISPOSITIVO INOVOU?

Outro dado que merece ser lembrado é o de que muitos juízes de varas de execução fiscal já vinham decretando (*ex officio e ad cautelam*), a indisponibilidade de bens do executado. Em alguns casos, distribuída a execução, já se procedia à indisponibilidade, junto à autoridade do Departamento de Trânsito, de todos os veículos registrados no nome do executado. Sem requerimento da fazenda exeqüente e muitas vezes sem nenhuma necessidade.

O dispositivo, sob esse prisma, veio, em certo sentido, – por incrível que pareça – *restringir* as hipóteses em que tal decretação pode ocorrer. Como apontado no item anterior, não basta que exista a execução, sendo necessário que o executado seja citado, não pague nem indique bens, nem sejam encontrados quaisquer bens. Os juízes que decretavam “indisponíveis” veículos sem obediência a esses requisitos agora terão de observá-los.

Mas a indisponibilidade que já vinha ocorrendo dizia respeito, no mais das vezes, apenas a veículos. E era decretada em relação a bens *determinados*.

O art. 185-A do CTN representa, nesse ponto, grande inovação, pois faz alusão também a imóveis, ao mercado de capitais, e à autoridade supervisora do mercado bancário (Banco Central), o que poderá implicar o bloqueio de todas as contas bancárias do executado.

E mais: o dispositivo expressamente prevê a possibilidade factual de serem decretados indisponíveis bens em montante superior ao necessário à garantia da execução, determinando, em tal hipótese, o "imediato" levantamento dos que excedam esse limite. E o excesso não raro ocorrerá, pois, como observa Luciano Amaro, mesmo se o juiz informar a cada destinatário da ordem o "total exigível" do crédito executado, isso não impedirá

que cada destinatário, na melhor das hipóteses, bloqueie bens até esse valor (o que já multiplica o efeito do gravame). Como, para piorar, os destinatários da comunicação judicial não necessariamente saberão o valor dos bens, isso os levará a bloquear tudo o que houver, até que o juiz, quando estiver de posse das relações recebidas dos vários órgãos e entidades, e puder ter uma avaliação desses bens, tenha condições de, efetivamente, determinar o levantamento (que, nessa ocasião, já não se poderá qualificar de 'imediato') da indisponibilidade do que for excedente.³

Aires F. Barreto e Gilberto Rodrigues Gonçalves observam, a esse respeito, que "imediato, urgente, rigoroso, prioritário e outros belos adjetivos fazem parte do festival de expressões sem credibilidade por quantos militam no espaço dos serviços público. (...) Com a conhecida sobrecarga da máquina judiciária, em que prazo se pode esperar liberado o excesso de penhora?"⁴. Esses mesmos autores lembram, ainda, que "imediato", para fins de restituição do tributo pago antecipadamente no regime de substituição tributária "para frente", na hipótese de o fato gerador presumido não acontecer (CF/88, art. 150, § 7.º), equivale a 90 dias (LC 87/96, art. 10). "Por isso, razoável a dúvida: se o 'imediato' constitucional pode ser transformado em 90 dias, quantos dias poderá alcançar o 'imediato' do art. 185-A?"⁵

São essas considerações que nos levam a ponderar a respeito da *proporcionalidade* da medida.

4 A REGRA DO ART. 185-A DO CTN E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Hoje é relativamente pacífico, nos meios acadêmicos e nos Tribunais, que as leis e demais atos do poder público, normativos ou não, além de deverem ser elaborados com observância de exigências formais (competência, legalidade etc.), devem ter o propósito de atingir finalidades constitucionalmente determi-

nadas. E, além disso, devem representar medidas *proporcionais* ao atendimento dessas finalidades. A proporcionalidade, portanto, é uma exigência adicional de validade. Como doutrina J. J. Gomes Canotilho, com a precisão que lhe é peculiar, com a proporcionalidade “é possível recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão”.⁶

Não é nosso propósito, aqui, alongar a discussão a respeito do postulado da proporcionalidade.⁷ Basta lembrarmos que, para que o mesmo seja atendido, é necessário que o meio ou o instrumento cuja validade se examina seja adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para chegar à finalidade a que se destina. Isso, em outros termos, significa que: (i) o instrumento deve efetivamente conduzir ao fim visado; (ii) não devem existir outras medidas que também conduzam ao fim visado de modo menos gravoso a outros direitos fundamentais relacionados com o problema; (iii) a medida deve implicar o menor sacrifício possível aos direitos fundamentais em tensão, ou, em outras palavras, trazer mais benefícios que malefícios.

Vejam, então, se a indisponibilidade de que cuida o art. 185-A do CTN atende a essas exigências.

Com a indisponibilidade dos bens do executado, será possível tornar efetiva a execução? A resposta, ao que nos parece, é sim. Se o executado possuir dinheiro em instituições financeiras, veículos, ações ou imóveis registrados em seu nome, a execução poderá ser com eles garantida, e, posteriormente, se for o caso, o crédito será satisfeito. Dar-se-á plena otimização ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Isso, porém, não é suficiente para garantir a proporcionalidade da medida, que ainda pode ser considerada desnecessária, ou desproporcional em sentido estrito. Não há “hierarquia” entre as subdivisões do postulado da proporcionalidade. Condenar à morte os devedores de tributos também poderia ser “apto”, nesse sentido, pois conduziria (de fato) ao fim visado (imediate pagamento), mas a gravidade da lesão a outros direitos fundamentais dispensa comentários adicionais, sendo certo que a medida seria desnecessária, e completamente desproporcional em sentido estrito.

Entretanto, mesmo essa adequação não subsiste de modo tão nítido caso se recorde que o fim da execução fiscal não é satisfação do crédito tributário a qualquer custo. Fosse assim, a participação do Judiciário, e a procedimentalização da cobrança, seriam desnecessários. A finalidade da execução é satisfazer o crédito tributário *devido*, nos termos do devido processo legal, e da maneira menos gravosa possível ao executado. Vista a finalidade da execução por esse prisma, a “indisponibilidade” pode, em muitos casos, mostrar-se inadequada.

E, na seqüência, se lembrarmos que a ineficiência da execução não é causada apenas por contribuintes “sonegadores” que “se escondem”, mas em larga medida pela propositura açodada e automática de execuções “feitas pelo

sistema", e, sobretudo, pela falta de aparelhamento do Poder Judiciário, ver-se-á que a "adequação" da medida passa a ser duvidosa.

As considerações feitas nos dois últimos parágrafos do item anterior já nos permitem questionar se a medida de que se cuida é necessária. Existem outros meios que também chegariam à mesma finalidade, de modo menos gravoso? A resposta, ao que nos parece, é sim. A indisponibilidade de que se cuida é medida demasiadamente gravosa, e sua aplicação só se justificaria em casos assaz extremados (previstos, *v.g.*, para o deferimento de uma cautelar fiscal). Nunca como algo ordinário.

Devemos lembrar que a citação, na ação de execução fiscal, não raro é feita com a entrega do mandado a preposto do executado, que não detém poderes de decisão. Por conta disso, ocorre com freqüência de só depois de muito tempo o executado dela tomar conhecimento. E, no caso de execuções oriundas de "autolancamento", o contribuinte apresenta declarações, que acredita estarem pagas, mas "erros do sistema" fazem com que o valor seja imediatamente inscrito em dívida ativa e executado, sem nenhuma intimação prévia.⁸ Por tais razões, com o advento do art. 185-A do CTN, pode ocorrer de muitos contribuintes só tomarem conhecimento da execução já quando do bloqueio de seus bens.

Além disso, como foi apontado acima, muitos dos órgãos ou entidades que receberem a ordem de "indisponibilidade" não terão como avaliar os bens. O Oficial do Registro de Imóveis, por exemplo, à luz de escrituras e registros efetuados há muitas décadas, em outra moeda, tornará indisponíveis quantos imóveis, se não tem como saber o valor de mercado destes? Por conta disso, terminarão sendo indisponibilizados todos. O mesmo vale para a autoridade de trânsito. Aliás, como cada órgão não saberá quantos bens já foram tornados "indisponíveis" por outros órgãos, tornará indisponíveis todos aqueles que estiverem sob sua fiscalização, fazendo com que o executado sofra bloqueio diversas vezes superior ao montante do crédito executado.

É curioso como se diz, em defesa da medida veiculada pelo art. 185-A do CTN, que as Varas de Execução Fiscal estão sobrecarregadas, que para praticar um simples ato processual levam-se meses etc., o que justificaria a medida "on-line". Quando se lhes opõe a possibilidade de excesso, o que poderia inviabilizar o funcionamento e o prosseguimento de uma atividade econômica, ou a própria subsistência do cidadão, a saída apontada é a previsão de "imediata" liberação do patrimônio excedente. Ora, o "imediato", aqui, não poderia ser mais onírico, entre outras razões, pela mesma sobrecarga que leva à ineficiência do executivo fiscal. Apenas substituiu-se a parte prejudicada pela demora, pondo-se os ônus dela decorrentes nas costas do cidadão contribuinte, que não tem poderes para filtrar execuções descabidas nem para aumentar o número de juízes e servidores nos órgãos judiciários.

Imagine-se que, hoje, um Juiz de uma Vara de Execuções Fiscais, na qual tramitam aproximadamente 60 mil processos, resolva "tornar indisponíveis" os

bens dos executados que se enquadram na hipótese de incidência da norma veiculada pelo art. 185-A do CTN. Suponha-se que, desse imenso universo de feitos, em apenas 60 (sessenta) deles haja bloqueio excessivo (0,1%), e esses 60 então peticionem ao juiz para “liberar” o excedente. Em quanto tempo tais pedidos serão apreciados e deferidos? O que farão esses executados, se, diante do bloqueio de suas contas bancárias, não puderem pagar empregados, fornecedores, água, luz e telefone? A quem responsabilizarão pelo erro, causador de inegáveis danos?

Nem o pagamento imediato de toda a quantia exigida, sem qualquer questionamento quanto à sua validade, faria tal “bloqueio” desaparecer com a rapidez necessária, pois o juiz que o deferiu levaria semanas, talvez meses, até ter condições de tomar todas as providências para o reverter.

Existem, seguramente, maneiras menos gravosas de se tornar efetiva a execução fiscal, sem com isso por em risco de total destruição a subsistência do executado e das atividades por ele desempenhadas.

Como se disse, o excesso de execuções fiscais não satisfeitas não é causado apenas por “contribuintes desonestos que se evadem”. Não. Estes, aliás, são responsáveis por diminuta parcela de execuções, como demonstram, com inteira propriedade, Aires F. Barreto e Gilberto Rodrigues Gonçalves.⁹ A maior causa do excesso de execuções é a propositura “automática” de execuções fiscais, sem nenhum controle prévio de sua retidão, procedência e viabilidade. A segunda causa, depois da propositura automática de execuções descabidas, é a falta de aparelhamento dos órgãos judiciários, falta de servidores etc.

Não é razoável corrigir o problema, gerado por essas duas causas, com o tiro de canhão representado pela “indisponibilidade” de que cuida o art. 185-A do CTN, que de resto mais prejudica quem menos tem responsabilidade pelo problema, e ainda obriga o juiz a tomar “de ofício” uma medida que, se fosse o caso, deveria ser requerida pela parte. A inércia e a imparcialidade do órgão judiciário restam, igualmente, prejudicadas, colocando-se o juiz no papel de cobrador de tributos.

Quais seriam, então, os meios mais adequados e menos gravosos para a resolução do problema?

Primeiro, impor à Fazenda exeqüente, e não ao Judiciário, o papel de localizar bens penhoráveis. Essa postura faria com que somente fossem propostas execuções viáveis, e certamente desafogaria as Varas de Execução Fiscal, livrando-as de milhares de processos fadados ao arquivamento. Essa medida, aliás, consta do anteprojeto de uma nova lei execuções fiscais, atualmente em discussão¹⁰, cuja aprovação praticamente esvaziaria o disposto no art. 185-A do CTN.

Segundo, exigir da Fazenda exeqüente, nos casos de tributos submetidos a lançamento por homologação, quando simplesmente homologar quantias apuradas pelo próprio contribuinte, que o notifique previamente, antes de inscrever

em dívida ativa e executar eventuais diferenças declaradas e não pagas. Essa prévia notificação evitaria um sem número de execuções descabidas, devidas a erros do "sistema", que executa créditos já pagos (e não considerados por divergências nos "códigos de receita"), já compensados, decorrentes de erros no preenchimento de guias etc.

Terceiro, melhor aparelhar os órgãos do Poder Judiciário, carentes desde cartuchos de tinta para as impressoras, a oficiais de justiça para cumprir mandados e até de juízes para decidir os feitos.

E mesmo que se diga que tais medidas não substituiriam as vantagens trazidas pelo art. 185-A do CTN, seria o caso de indagar: por que tornar indisponíveis os bens? A lei bem poderia determinar que tais autoridades informassem ao Poder Judiciário a existência dos bens, e sua descrição, quantidade, etc. Já tendo a execução sido ajuizada, qualquer alienação posterior poderia ser considerada fraudulenta.¹¹ De posse dessas informações,¹² o juiz então determinaria a realização da penhora, que então teria todas as condições para não mais ser excessiva, sendo realizada apenas e tão somente sobre os bens cujo valor fosse suficiente à satisfação do crédito executado.

Poder-se-ia dizer, em oposição, que essa mera comunicação feita pelos órgãos a que alude o *caput* do art. 185-A, sem o prévio bloqueio, não seria eficiente, pois, em se tratando de dinheiro em contas bancárias, o executado o sacaria antes que se fizesse possível a penhora. O argumento parece razoável, mas de logo se percebe que não tem aplicação no que diz respeito a veículos, imóveis e demais bens. Só tem pertinência em relação ao dinheiro, o que é suficiente para demonstrar o *excesso* da medida.

Por outro lado, se a questão é a possibilidade de saque, um ponto deve ser ponderado: esse saque só seria feito por um executado que estivesse a acompanhar de perto o processo executivo. Só esse acompanhamento cuidadoso permitiria o saque no período posterior à informação e anterior à penhora. Ora, um contribuinte que assim estivesse a acompanhar a execução, ciente da existência e da possibilidade de aplicação do art. 185-A do CTN, poderia zerar o saldo de suas contas bancárias tão logo fosse citado. O argumento, portanto, não se presta para inviabilizar apenas a solução aqui proposta, mas também a aplicação do próprio art. 185-A do CTN, tal como redigido...

Ademais, em muitos casos a decretação da indisponibilidade dos recursos existentes em uma conta bancária pode implicar o próprio encerramento das atividades de uma pessoa jurídica, ou por em risco a própria subsistência de uma pessoa física. A depender do valor do crédito executado, e do porte do contribuinte, a medida pode absorver toda a sua liquidez. Ora, se a jurisprudência do STJ chegou a admitir¹³ a *penhora do faturamento*, mas restrita a hipóteses excepcionais, e ainda assim limitada em percentuais reduzidos (5%)¹⁴, para não prejudicar a subsistência da empresa, como se admitir a "indisponibilidade" de recursos que pode representar gravame superior à penhora de 100% do

faturamento? Se tal medida é necessária – o que não nos parece ser – deve-se proceder ao exame da sua proporcionalidade em sentido estrito. Não se está levando longe demais o princípio da efetividade da tutela executiva?

É preciso ter em conta, ao ponderar o princípio da efetividade da tutela executiva com outros que com ele estejam em tensão, que a execução fiscal é aparelhada com título executivo que não pode ser comparado com os demais. Os títulos executivos judiciais são “fabricados” em um processo judicial, contraditório, com todas as garantias e formalidades a ele inerentes (*v.g.* imparcialidade do julgador). Já os demais títulos executivos extrajudiciais, em regra, são de formação consensual e bilateral. A margem para questionamentos razoáveis, por parte do executado, é muito pequena. A Certidão de Dívida Ativa, não. É formada de modo unilateral, e, muitas vezes, automático e eletrônico, sem qualquer participação do sujeito passivo.¹⁵ Isso é suficiente para que não se dê a esse princípio, relativamente à execução fiscal, o mesmo prestígio que ele (seguramente) tem em face de outras espécies de execução.¹⁶

Em tensão com o princípio da efetividade da tutela executiva está o direito do executado de somente ser privado da parcela de seu patrimônio necessária à satisfação do crédito. Esse direito, nem é preciso dizer, é ignorado, completamente estiolado, pelo art. 185-A do CTN. Aliás, a “indisponibilidade” nele prevista, se adotada de forma indiscriminada (como ele literalmente parece autorizar), poderá trazer prejuízos irreparáveis à liberdade econômica e profissional, à livre iniciativa e, em alguns casos, à própria subsistência do executado, tudo em prol de uma maior otimização à efetividade da tutela executiva fiscal, a qual, de resto, pode ser obtida por outros meios, e não restará ineficaz caso não se proceda à indisponibilidade de que se cuida.

Não é demais insistir que, na elaboração, interpretação e aplicação de regras que busquem a efetivação de normas com estrutura de princípio jurídico, deve-se “encontrar una composición del conflicto que permita la subsistencia de cada uno de los derechos con el máximo contenido posible. Esto significa que ningún derecho tiene que retroceder más de lo que sea necesario para no recortar el del otro de un modo que sea no exigible.”¹⁷

Seguramente, esse equilíbrio não é alcançado pela medida preconizada pelo art. 185-A, do CTN.

Por tudo isso, o que nos parece proporcional, no caso, é o juízo da execução determinar às entidades e aos órgãos mencionados no art. 185-A do CTN que informem a existência, a descrição, a quantidade e os valores dos bens submetidos ao seu registro ou controle, *sem no entanto os tornar “indisponíveis”*. De posse da relação enviada por cada uma delas, o juiz então poderá determinar a realização da penhora, que nessa ocasião poderá ocorrer de modo não-excessivo, somente sobre os bens necessários à garantia da execução e à satisfação do crédito que a fundamenta.

CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto ao longo deste texto, podemos concluir, em suma, que:

a) a decretação da "indisponibilidade" de que cuida o art. 185-A do CTN pressupõe: (i) existência de um processo de execução fiscal; (ii) realização de citação válida; (iii) decurso *in albis* do prazo legal para pagamento ou oferecimento de bens a serem penhorados; (iv) insucesso na tentativa de localização de bens pelo exeqüente e pelo órgão judiciário.

b) mesmo respeitadas tais premissas, a "indisponibilidade" de bens não será necessariamente válida, pois pode implicar medida *desproporcional* para chegar ao fim a que se destina;

c) considerada como medida para tornar efetiva a execução a qualquer custo, a "indisponibilidade" até pode ser *adequada*, ou *apta* para chegar a esse fim. Caso se considere que a finalidade da execução não é a satisfação incondicional do alegado crédito, e que os problemas que assolam a efetividade do processo de execução não são causados pelo mal que o art. 185-A do CTN visa a evitar, essa adequação não se mostra mais tão evidente;

d) existem muitos outros meios mais adequados e menos gravosos para resolver o acúmulo de processos nas Varas de Execução Fiscal e a ineficiência do processo de execução fiscal, a exemplo de: (i) um maior controle da Fazenda exeqüente (notadamente em face de execuções "automáticas" feitas pelo "sistema"); (ii) um maior aparelhamento do Judiciário; (iii) determinar-se a comunicação, pelas mesmas entidades e órgãos a que alude o *caput* do art. 185-A do CTN, da existência de bens, sem que contudo os mesmos sejam tornados indisponíveis antes de um exame do juiz quanto à sua existência, quantidade, valor etc.;

e) a jurisprudência do STJ considera possível a penhora do faturamento das pessoas jurídicas, mas apenas em casos excepcionais, e ainda assim limitada a pequeno percentual deste. Isso para preservar a subsistência das atividades do contribuinte. A "indisponibilidade" incondicionada de bens, notadamente de contas bancárias, pode comprometer percentual bem maior (ou mesmo a totalidade) do faturamento, o que demonstra a sua natureza *excessiva* e, portanto, inconstitucional por desproporcionalidade;

f) caso se proceda a uma tensão de princípios, ver-se-á que a decretação indiscriminada da "indisponibilidade" de bens do cidadão executado poderá trazer prejuízos irreparáveis à sua liberdade econômica e profissional, à livre iniciativa e, em alguns casos, à sua própria subsistência, tudo em prol de uma maior otimização à efetividade da tutela executiva fiscal, a qual, de resto, pode ser obtida por outros meios, e não restará ineficaz caso não se proceda à indisponibilidade de que se cuida;

g) o correto, para que a Constituição seja respeitada, será o juízo da execução determinar às entidades e aos órgãos mencionados no art. 185-A do CTN que informem a existência, a descrição, a quantidade e os valores dos bens submetidos ao seu registro ou controle, sem no entanto torná-los “indisponíveis”, a fim de que o juiz, de posse da relação enviada por cada uma delas, determine a realização da penhora, que nesse momento já terá como não ocorrer de modo excessivo.

Essas conclusões, como todas aquelas que pretendem ser científicas, são provisórias, e podem ser questionadas. Não esgotam o tema, e nem poderiam. A norma é recente, e outros estudos, mais profundos e mais detalhados, sobre ela certamente serão feitos. Só esperamos que os julgadores que compõem os Tribunais não esqueçam que o nosso sistema jurídico alberga diversos princípios e regras, e não apenas o princípio que assegura efetividade à tutela executiva fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETO, Aires F.; GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora ‘on-line’ na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 116, p. 9-15.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti. O razoável e o proporcional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, v. 8, p. 174-204.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Penhora insuficiente e o direito de embargar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 28-38.

PONTES, Helenilson Cunha. *Princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

¹ "O dispositivo agride o vernáculo: não se diz 'na hipótese de (...) não forem encontrados bens', mas sim na de não o serem" (cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 475).

² BARRETO, Aires F.; GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora 'on-line' na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 116, p. 12.

³ AMARO, *loc. cit.*

⁴ BARRETO; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 16.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 268.

⁷ Para a preferência pelo termo "postulado", em vez de "princípio", ou "regra", e para a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, confira-se ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*. Para a aplicação da proporcionalidade ao Direito Tributário, confira-se PONTES, Helenilson Cunha. *Princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, *passim*. Para mais exemplos de sua aplicação em matéria tributária, e, especialmente, para outras referências bibliográficas, confira-se MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O razoável e o proporcional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*, São Paulo: Dialética, 2004, v. 8.

⁸ "(...) Pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos tributos lançados por homologação, verificada a existência de saldo devedor nas contas apresentadas pelo contribuinte, o órgão arrecadador poderá promover sua cobrança independentemente da instauração de processo administrativo e de notificação do contribuinte". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 512823/MG. 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. DJU I, 15.dez.2003, p. 266).

⁹ BARRETO; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 10-11.

¹⁰ O anteprojeto veiculado através da Consulta Pública n. 1/2005, do Ministério da Justiça, foi elaborado por uma comissão formada no âmbito do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelo Ministro Teori Zavascki, composta de representantes do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Juizes Federais Ricardo Perlingeiro e Maria Helena Rau de Souza), da Procuradoria da Fazenda Nacional (Dr. Vandré Augusto Búrigo), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (Dr. Petrônio Calmon Filho) e da Universidade Federal Fluminense (Professores Leonardo Greco e Agostinho Netto). Na exposição de motivos consta que "os órgãos de defesa judicial da Fazenda Pública, ainda quando cientes da improbabilidade de sucesso na cobrança, vêm-se compelidos, por dever legal, a promover a ação executiva tão-somente para interromper a prescrição. Assim, a atividade, meramente burocrática e sem natureza jurisdicional, de localizar o devedor ou os seus bens penhoráveis, é simplesmente transferida aos cartórios judiciais, com inevitável congestionamento e escassa probabilidade de êxito, o que torna injustificável, sob todos os aspectos, a manutenção do atual sistema." Assim, ainda segundo sua exposição de motivos, a principal finalidade do anteprojeto é a submeter "ao exame e atuação do Poder Judiciário apenas as demandas que, sem êxito extrajudicial, tenham alguma base patrimonial para a execução forçada." Por todas essas razões, o art. 7.º do anteprojeto da nova lei de execuções fiscais dispõe que "Art. 7º A petição inicial indicará o juiz a quem é dirigida e os bens a serem penhorados e será instruída com a certidão da dívida ativa, que dela fará parte integrante, podendo ambas constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico." Tal norma, se vier a ser positivada, tornará praticamente inócuo o art. 185-A do CTN.

¹¹ Aliás, com o advento da LC 118/2005, o termo inicial da presunção de fraude à execução foi antecipado para o momento da inscrição em dívida ativa (CTN, art. 185).

¹² O art. 185-A, a propósito, prevê o envio de tais informações ao juízo, mas só *depois* de o bloqueio haver-se consumado (§ 2.º).

¹³ "A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que é possível a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento de empresas, desde que em caráter excepcional, ou seja, após não ter tido resultado a tentativa de constrição sobre outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal, e ainda, que haja nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e esquema de pagamento, consoante o disposto nos artigos 677 e 678 do CPC." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 723.038/SP. 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 19.abr.2005. DJU I, 20.jun.2005, p. 246).

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 686.157/RJ. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julg. 07.jun.2005. DJU I, 27.jun.2005, p. 256.

¹⁵ É certo que, em se tratando da execução de quantias lançadas de ofício, pode ter havido processo administrativo de controle de sua legalidade, prévio à inscrição em dívida ativa, contraditório, com possibilidade de produção de provas etc. Isso não equipara, porém, a CDA a um título no qual a vontade do executado participou. Muito menos a um título constituído ao cabo de um processo judicial. O controle de legalidade realizado no processo administrativo fiscal tem deficiências e limitações que dispensam maiores digressões, e seguramente “deixa passar” uma série de exigências descabidas.

¹⁶ BARRETO; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 13. Cf. também MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Penhora insuficiente e o direito de embargar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 32.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Tradução Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001, p. 63.

INALIENABILITY OF ONLINE ASSETS AT TAX EXECUTION AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

ABSTRACT

In this article, the author examines the institute of the inalienability of online assets as regards tax execution. In this sense, the author assesses the incidence requirements of the rule existing in the article 185-A of the Tax Code, introduced in the legal system by Complimentary law number 118/2005 and, afterwards, analyses the proportionality of such legal measure, aimed at rendering effective the execution, checking if such measure is appropriate, necessary and proportional *stricto sensu* in order to reach the aim proposed.

KEYWORDS: Attachment. Inalienability of assets. Tax execution. Injunction effectiveness. Tax credit. Proportionality. Excess.

L'INDISPONIBILITE DES BIENS “ON-LINE” DANS L'EXECUTION FISCALE ET LE POSTULAT DE LA PROPORTIONNALITE

RÉSUMÉ

Il s'agit ici d'examiner la figure de l'indisponibilité des biens *on-line*, dans le contexte des exécutions fiscales mises en place avec l'intention d'obtenir la satisfaction du crédit fiscal. D'abord, il sera question d'analyser des

hypothèses d'incidence de la norme émise par art. 185-A du CTN (Code fiscal brésilien), introduite dans l'ordre juridique par Loi complémentaire n. 118/2005. Ensuite, on procèdera à l'analyse de la proportionnalité de la mesure législative adoptée, qui se destine à rendre efficace la tutelle de l'exécution, par voie de la vérification si telle mesure est ajustée, nécessaire et proportionnelle au sens strict pour aboutir à la finalité à laquelle elle se propose.

MOTS-CLÉS: Sûreté. Indisponibilité de biens. Exécution fiscale. Efficacité de la tutelle. Crédit fiscal. Proportionnalité. Excès.