

A Aplicação da Penhora Online de Dinheiro à Luz da Teoria dos Princípios e da Regra da Proporcionalidade

The Application of Online Pledge Money According to the Principles Theory and the Proportionality Rule

Amanda Luiza da Cunha Souza^a; Leonardo André Gandara^{b*}

^aUniversidade Federal de Ouro Preto, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Curso de Direito, MG, Brasil

^bSamarco Mineração S.A., MG, Brasil

*E-mail: lgandara@samarco.com

Resumo

O presente trabalho propõe a análise da penhora online mediante a aplicação da teoria dos princípios e da regra da proporcionalidade, abordagens muito importantes nas obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Serão aqui abordados os princípios tributários que se relacionam ao mecanismo da penhora on-line, manifestando-se no âmbito do direito material e também do direito processual. Para fins de demonstração, a jurisprudência brasileira será analisada pelo crivo da regra da proporcionalidade e, conseqüentemente, pela teoria dos princípios.

Palavras-chave: Penhora Online. Teoria dos Princípios. Regra da Proporcionalidade.

Abstract

This paper proposes the analysis of online pledge by applying the principles theory and the proportionality rule, very prominent issues in Robert Alexy and Ronald Dworkin works. The tax principles related to the procedure of online pledge, presents in the substantive and procedural law aspects will be shown here. For demonstration purposes, the Brazilian jurisprudence will be examined through the scrutiny of the proportionality rule and therefore through the principles theory.

Keywords: Online Pledge. Principles Theory. Proportionality Rule.

1 Introdução

Apenhora online de dinheiro como garantia do crédito no processo executivo, instituída pela Lei nº 11.382/06 – que acrescentou o art. 655-A do Código de Processo Civil - CPC, e pela Lei Complementar nº 118/05 - que introduziu o art. 185-A no Código Tributário Nacional, consiste, em linhas gerais, num mecanismo que visa determinar a indisponibilidade de quantia em dinheiro presente em depósito ou aplicação financeira do devedor para posterior constrição patrimonial (BRASIL, 2006).

Ocorre que, ao mesmo tempo que a penhora on-line constitui relevante garantia para o fisco, pois se trata de um dos procedimentos que mais viabiliza a efetividade de uma execução, traz problemas para o devedor, conforme a onerosidade que esta medida lhe impõe.

Por este motivo, o impasse apresentado entre a máxima efetividade da execução e a menor onerosidade do executado será discutido à luz da teoria dos princípios e da regra da proporcionalidade, formuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, acrescido de análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ. O grande paradigma a ser descortinado é a resolução do caso concreto, lançando mão de um mecanismo bem-estruturado, de modo a garantir que o direito entregue às partes litigantes seja o mais aderente ao ordenamento existente.

2 Desenvolvimento

2.1 A penhora online de dinheiro no Direito Processual tributário brasileiro

Segundo o que determina o art. 655-A do CPC, o juiz que preside a execução fiscal poderá requisitar às autoridades que supervisionam o sistema bancário e de capitais informações patrimoniais a respeito do executado e, no mesmo ato, determinar o bloqueio dos ativos até o valor devido que consta nos autos executórios, para que seja oportunizada a penhora de ativos financeiros do devedor (BRASIL, 1973).

A penhora on-line introduzida no CPC pela Lei nº 11.382/06 foi uma das alterações no ordenamento que vem de encontro ao princípio da economia processual e da máxima efetividade do processo de execução na medida em que este mecanismo encurta o caminho da execução, evitando que o magistrado tenha que proceder à avaliação e alienação judicial dos bens do executado (GOMES, 2010). É pelo BacenJud que o magistrado pode determinar a penhora on-line dos ativos financeiros do executado. Este sistema conecta o Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil e às instituições bancárias via internet, possibilitando a troca de informações e o envio da autorização judicial para o bloqueio dos ativos do devedor (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Muito embora o CTN também consagre em seu texto, especificadamente no art. 185-A (BRASIL, 1966), o instrumento da penhora on-line, esse dispositivo prevê bloqueio universal de bens e direitos, diferentemente do CPC, que apresenta, no art. 655-A, apenas a penhora on-line de ativos financeiros¹. No entanto, é importante frisar que nesse assunto há aparente antinomia entre os dois diplomas, a dizer, CPC e CTN, já que este último, por prever bloqueio de bens e direitos, abarca, logicamente, a penhora de ativos financeiros, porém com regras diferentes daquele.

A Lei nº 11.382/06, introdutora das modificações mencionadas no CPC, veio após a Lei Complementar nº 118/05, que alterou o CTN. Depois da alteração do CPC, o dinheiro passou a ser o primeiro na ordem de penhora, dispensando-se quaisquer diligências no sentido de tentar encontrar bens do devedor antes da realização da penhora on-line. O CTN, por sua vez, em seu art. 185-A, prevê que a penhora on-line apenas poderia ser feita se o devedor, devidamente citado, não pagar ou apresentar bens à penhora no prazo, e se não forem encontrados bens dele.

De acordo com Norberto Bobbio (1995), havendo antinomia legislativa sobre determinado tema, lei especial deve prevalecer sobre lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*).

Muito se discutiu se esta alteração do CPC poderia ser aplicada às execuções fiscais.

Aparentemente é encontrada antinomia, na medida em

que o CTN autoriza a penhora on-line apenas após o devedor não pagar nem apresentar bens à penhora, ou seus bens não forem encontrados. Ao passo que o CPC prevê a realização direta da penhora on-line, sem necessidade de prévias diligências como as descritas. Sendo assim, aplicando-se o critério idealizado por Bobbio, é possível afirmar que a aplicação do CTN seria a mais correta.

Entretanto, contrapondo-se aos critérios hermenêuticos estabelecidos por Bobbio, há a teoria do diálogo das fontes preconizada por Erik Jayme (1995). Segundo este doutrinador, tendo em vista o momento de pós-modernidade em que se vive, é visível a existência de variadas normas dotadas de especificidade esparsas no ordenamento jurídico, de modo que se mostra fundamental harmonizar a interpretação das mesmas, sobretudo quando tratarem de temas semelhantes. Muito próximo da abordagem do constitucionalismo vertical ou transconstitucionalismo de Marcelo Neves (que não abordaremos aqui), pela teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme evita-se, portanto, a exclusão de uma ou outra norma quando da aplicação ao caso concreto, ao contrário do que Norberto Bobbio preconiza.

O STJ, aplicando a teoria do diálogo das fontes, consagrou na jurisprudência o entendimento sobre o tema no sentido de que as alterações do CPC realizadas pela Lei nº 11.382/06 deveriam ser aplicadas às execuções fiscais. Em resumo, para a corte a esgotabilidade de diligências não seria necessária para realizar a penhora on-line no âmbito das execuções fiscais².

1 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS E DIREITOS SOB A ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 185-A DO CTN. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Esta Turma, ao julgar o AgRg no Ag 1.164.948/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 2.2.2011), proclamou que o bloqueio universal de bens e de direitos, previsto no art. 185-A do CTN, não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC (redação conferida pela Lei 11.382/2006). Aquele bloqueio incide na hipótese em que “o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis”, e abrangerá todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, se verificado o concurso dos requisitos previstos no art. 185-A do CTN. Consoante a jurisprudência do STJ, a aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens do devedor. 2. No AgRg no Ag 1.164.948/SP, esta Turma ressaltou que, diferentemente da medida do art. 185-A do CTN, a penhora de dinheiro mediante a utilização do Sistema BacenJud tem por objeto bem certo e individualizado (os recursos financeiros aplicados em instituições bancárias). No regime instituído pela Lei 11.382/2006, é medida prioritária, tendo em vista que a reforma processual visava primordialmente a resgatar a efetividade na tutela jurisdicional executiva. Independe, portanto, da comprovação do esgotamento das diligências extrajudiciais para a localização de outros bens. 3. No caso, a Fazenda Nacional requereu a indisponibilidade universal dos bens do executado. Todavia, consoante consignado no acórdão recorrido, não foram juntados aos autos documentos comprovando que a União tenha esgotado diligências objetivando a localização de bens em nome do executado, na medida em que não demonstra ter realizado pesquisas junto aos cartórios de registros de imóveis na busca de bens passíveis de constrição em nome dos executados. O Tribunal de origem ressaltou que os documentos acostados aos autos referentes às pesquisas junto aos cartórios de registro de imóveis não comprovam a inexistência de bens em nome do executado, pois se trata de listagens dos ofícios supostamente enviados aos cartórios de registro de imóveis e documentos de controle, todos da própria Procuradoria da Fazenda. Ou seja, segundo a Turma Regional, nenhuma resposta dos cartórios foi juntada aos autos. Tendo o Tribunal de origem consignado que a exequente não comprovou ter esgotado as diligências extrajudiciais disponíveis para a localização de bens penhoráveis, esta Corte Superior, para adotar conclusão em sentido contrário, teria de reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido (BRASIL, 2013a).

2 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA ON-LINE DE CRÉDITOS EM CONTA CORRENTE. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. LEI N. 11.382/06. ART. 620 DO CPC. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. 1. A agravante deve impugnar todos os fundamentos da decisão agravada de modo efetivo, sob pena de incidência da Súmula 182/STJ, por analogia. 2. Mesmo que assim não fosse, a Primeira Seção deste Tribunal ratificou a necessidade de interpretação sistemática dos art. 655-A do CPC e 185-A do CTN, de modo a autorizar a penhora eletrônica de depósitos e aplicações financeiras, independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, na busca de outros bens para a garantia da execução fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/06. 3. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei n. 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor. 4. Agravo regimental não conhecido (BRASIL, 2014a).

Inobstante a tais interpretações, o que será analisado neste trabalho não será a aplicação de um ou outro diploma, mas tão somente a penhora de ativos financeiros do executado em face dos princípios que protegem o exequente e o executado no processo de execução fiscal.

2.2 Princípios relacionados à penhora *online*

Os princípios destacam-se pela função que exercem no ordenamento jurídico, constituindo base de fundamentação para solução de controvérsias. Eles são muitas vezes utilizados para preencher lacunas, de modo a fornecer mais segurança jurídica à ciência do direito. Nos dizeres de Coêlho (2003) os princípios não devem ser menos considerados que os demais conceitos jurídicos, pois mesmo que não sejam positivados (como muitos deles), são manejados intensamente no cotidiano dos sistemas jurídicos.

Seja o princípio implícito ou explícito, trata-se de enunciado dotado de logicidade, e, pelo fato de demonstrar tamanha generalidade, posiciona-se no ordenamento de modo superior, assim vinculando a interpretação das normas que ao mesmo se conectam (CARRAZZA, 2011).

Dois grandes pensadores do século XX constituem fontes indispensáveis quando do estudo da aplicação prática dos princípios no cotidiano jurídico, a saber, Ronald Dworkin e Robert Alexy, ainda que eventualmente não concordemos com suas elaborações. Ambos elaboraram teorias de modo a atribuir relevância às funções dos princípios no ordenamento jurídico indicando mecanismos de solução de conflitos entre eles e em face deles.

Serão discutidos aqui os princípios aplicados no âmbito processual tributário, especialmente relacionados à penhora on-line, realizada no processo de execução.

O princípio da isonomia é o primeiro a ser definido, pelo simples fato de ser considerado como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro (LACOMBE, 1996). A Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz este princípio em seu texto quando indica no seu art. 3º, IV, que um dos objetivos fundamentais da República é o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Aplicando tal princípio à matéria tributária, a Constituição Federal brasileira nos fornece outro dispositivo, notadamente o disposto no art. 150, que proíbe os entes federados de estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente.

No campo do direito processual entendemos que a isonomia representa a disposição de iguais condições de participação dos litigantes no processo, sobretudo no que concerne ao convencimento do magistrado. Quando, no plano fático, as partes se mostram desiguais o direito processual deve equalizar a relação processual fornecendo certos “privilégios” à parte mais necessitada e assim viabilizando a denominada “paridade de armas” (MARCACINI, 1999).

Os privilégios e garantias do crédito tributário, a exemplo do art. 185-A do CTN, na visão de Coêlho (2001), são

considerados exceção ao princípio da igualdade na medida em que colocam a Fazenda Pública em um patamar superior ao do contribuinte. Ao mesmo tempo, é possível afirmar que tais privilégios são a própria concretização do princípio da isonomia, tendo em vista que a Fazenda, por representar o interesse público, possui característica merecedora de certos cuidados que a legislação deve lhe conceder.

Na esteira da isonomia entre as partes em um processo judicial, encontra-se o princípio da máxima efetividade do processo. O litígio denominado efetivo deve ser, necessariamente, um litígio justo, em que haja igualdade entre os litigantes. No entanto, Hugo de Brito Machado Segundo (2009) adverte que a efetividade processual ocorrerá a depender do caso concreto. O legislador infraconstitucional, ao interpretar o art. 5º, XXXV da CF/88 (inafastabilidade da jurisdição) deve adequar o processo ao direito material discutido, criando procedimentos específicos, facilitando aos cidadãos mais necessitados o acesso à justiça, possibilitando a existência de tutelas de urgência, entre outros (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, aplicando-se a máxima efetividade processual no âmbito das execuções fiscais é preciso cautela. O legislador, no afã de trazer ao processo a celeridade e a economia processual deve respeitar a igualdade entre os litigantes. Do contrário, o feito executório não se mostrará eficaz.

Outro princípio consagrado pela doutrina processualista no campo específico das execuções refere-se à condução executiva no melhor interesse do credor. Segundo este princípio, explícito no CPC (art. 612), o credor possui preferência no processo para indicar as formas de execução que melhor satisfaça seu crédito (BRASIL, 1973). Contrapondo-se aos interesses do exequente, existe, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da menor onerosidade, da mesma forma consagrado no art. 620 do CPC “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Esse princípio traz a ideia de que o devedor deve ser executado de modo que lhe traga menos prejuízos possíveis. A aplicação desse princípio especificamente à seara da execução fiscal é um pouco mais delicada do que nas execuções comuns. Isso porque na execução fiscal a parte exequente que se apresenta no processo é a Fazenda Pública que, por consequente, tem o dever de representar o interesse da coletividade. No entanto é de se indagar: essa condição que possui a Fazenda Pública no processo de execução fiscal deve relativizar a aplicação do princípio da menor onerosidade do devedor?

Acompanhando a menor onerosidade do devedor, sobretudo com relação àquele que exerce atividade empresarial ou profissional, cite-se o princípio da livre iniciativa, consagrado pela CF/88 como um dos fundamentos da República Federativa (art. 1º, inciso IV) e também como princípio aplicado à ordem econômica, em seu art. 170

(BRASIL, 1988). Para Silva (2013), o princípio da livre iniciativa engloba a liberdade de indústria, comércio, empresa e contrato. Este princípio possui íntima ligação com a menor onerosidade do devedor, uma vez que se no processo o devedor é onerado o menos possível, ele poderá ter condições de seguir com as suas atividades. Ademais, a livre iniciativa também diz respeito ao interesse público e representa importante princípio que influencia no desenvolvimento econômico do país.

De toda forma, por haver devida relevância em todos os princípios aqui apresentados, não é possível, de forma abstrata, concluir sobre a prevalência de um sobre o outro. Ao contrário, é diante do caso concreto que identificamos qual princípio se sobreporá.

Assim, faz-se necessária a adoção de um método eficiente que valore esses princípios no caso concreto, de modo a trazer a solução mais adequada possível. É o que se pretende mostrar no tópico seguinte.

2.3 A Teoria dos Princípios e a Regra da Proporcionalidade

A análise crítica e embasada da aplicação da penhora on-line de dinheiro nos processos executórios fiscais passa pelo estudo de metodologias que nos auxiliem, por meio de princípios e regras, a resolver o caso concreto de forma justa e fundamentada. A fim de discutirmos sobre o assunto, adentraremos de modo superficial na concepção de Robert Alexy e Ronald Dworkin sobre os conflitos oriundos do ordenamento jurídico, utilizando como base a regra da proporcionalidade e o sopesamento de princípios.

Como anteriormente exposto, Robert Alexy e Ronald Dworkin são autores que formularam e aprimoraram teorias envolvendo a discussão sobre a importância e a influência dos princípios e seus mecanismos de atuação no mundo do Direito.

Num primeiro momento, Dworkin (2007, p.36) realizou a diferenciação entre princípios e políticas e posteriormente entre princípios e regras, porém de maneira mais detalhada. Segundo ele, os princípios denotam um “[...] padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Já as políticas remontam a um padrão onde é delimitado um escopo a se alcançar, normalmente de cunho econômico, político ou social.

Dworkin ilustra a distinção entre princípios e regras através de dois casos ocorridos nos Estados Unidos³ e logo após conceitua dois importantes institutos jurídicos, a saber:

[...] a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2007, p.39).

Já segundo Alexy (2007), as normas jurídicas se subdividem em princípios e regras – distintos entre si, do ponto de vista qualitativo. Um dos critérios mais utilizados para diferenciar os princípios das regras seria o da generalidade: os princípios são normas de aspectos gerais, já as regras possuem baixo grau de generalidade. Considerando exclusivamente a estrutura e forma de aplicação das normas, as regras são deveres definitivos, que podem ser cumpridas ou não. Já os princípios são definidos como mandamentos de otimização, pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas.

A distinção entre princípios e regras se torna mais visível quando surgem conflitos (entre regras) e colisões (entre princípios). De acordo com Alexy (2007), havendo conflito entre duas regras diferentes, a solução se dará em inserir uma cláusula de exceção, que suprimiria tal conflito, ou invalidar uma das normas. Se entrarem em colisão dois princípios distintos, o caso seria solucionado com base no sopesamento, ou seja, um teria que ceder ao outro, prevalecendo apenas um princípio no caso concreto, não desencadeando em inclusão de exceção ou invalidade de norma, como ocorre com as regras.

Sobre a questão, Godoi (1999) afirma que isso demonstra os pesos distintos entre os princípios e, em razão disto, o princípio de maior peso para o caso prevalecerá⁴.

Já a chamada regra da proporcionalidade⁵ possui caráter definitivo, pelo simples fato de ser regra. Segundo doutrina majoritária, esta se subdivide em três vertentes de análise, independentes umas das outras, a dizer: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (GODOI, 1999; PONTES, 2000; SILVA, 2002). Tal subdivisão, ainda que constantemente abordada por doutrinadores brasileiros, é “praticamente ignorada pelo Supremo Tribunal Federal” (SILVA, 2002, p.34).

Os aspectos da regra defendida por Robert Alexy, apesar de serem independentes, obedecem a uma ordem de preferência. Sustenta-se ser fundamental a análise dessa ordem para a aplicação da regra no caso concreto, feita pelo jurista. A adequação necessariamente antecederá a necessidade, e esta

3 Riggs x Palmer e Heningsem x Bloomfield Motors, Inc.

4 É importante lembrar que Robert Alexy foi contraposto por Jürgen Habermas, quando este discordou sobre a teoria do sopesamento dos princípios. Habermas defende uma posição deontológica do direito – e não axiológica, creditada por Alexy. Não existe hierarquia entre os princípios na concepção habermasiana, visto que não podemos ponderá-los, só havendo a possibilidade de sopesar o que chamamos de valores (GALUPPO, 1999).

5 Alguns estudiosos brasileiros, bem como o ordenamento jurídico e diversos casos na jurisprudência nacional, nomeiam a regra da proporcionalidade como princípio ou dever da proporcionalidade, a despeito de tal afirmação não guardar coerência teórica. A regra da proporcionalidade foi introduzida no Brasil a partir do modelo formulado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão com o intuito de controlar as leis restritivas de direitos fundamentais (SILVA, 2002).

será analisada antes da proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, estas três sub-regras serão sempre examinadas subsidiariamente, não sendo necessário que todas elas sejam analisadas no caso concreto.

Adotar os aspectos da regra da proporcionalidade não indica necessariamente ignorar os princípios que norteiam determinada matéria. A sua concepção indica que o jurista intérprete do caso deve acomodar de forma harmônica todos os elementos jurídicos subjacentes ao caso para sua resolução.

A doutrina brasileira classifica a adequação como um aspecto indicador que um meio utilizado pelo Estado (legislador, magistrado etc.) deve ser adequado para obter o resultado que se almeja. Silva (2002, p.36) critica essa conceituação, afirmando que:

[...] a sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern* [...] por fomentar [...]. Adequado, então, não é somente o meio com que um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.

O segundo aspecto da regra da proporcionalidade a ser considerado é o da necessidade, que consiste na utilização do meio menos oneroso para proteção de um direito fundamental. Neste caso, os atos praticados pelo Estado que restrinjam um direito fundamental só serão dotados de necessidade se o objetivo almejado não puder ser alcançado por outra maneira que venha a restringir, em menor intensidade, o direito fundamental em questão (SILVA, 2002).

O último, mas não menos importante aspecto da regra da proporcionalidade, é nomeado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Faz-se necessário ressaltar que uma medida adequada e necessária nem sempre será proporcional, mas sim obriga a análise à luz de uma dimensão de harmonização de valores e bens jurídicos (GODOI, 1999).

2.4 Aplicação da Teoria dos Princípios e a Regra da Proporcionalidade em julgados do STJ

A fim de compreender a aplicação empírica da teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade faremos sua análise, neste trabalho, utilizando alguns julgados do STJ.

Trata-se o primeiro caso concreto de execução fiscal promovida pelo município de Paranaguá (PR) contra uma empresa de arrendamento mercantil em que se cobrava crédito do ISS. Para satisfazer o crédito em execução foi realizada penhora on-line pelo sistema do BacenJud. Contraopondo-se ao ato executivo, o executado requereu ao juízo de 2º grau (Tribunal de Justiça do Paraná) a substituição da referida penhora pela fiança bancária.

Após a Fazenda Pública ter se manifestado no sentido de não aceitar a substituição da medida executória, o juízo de 2º grau proferiu decisão inadmitindo a mudança, tendo em vista que o executado não provou de forma incontestável dano desproporcional com a constrição de seus ativos financeiros. Derrotada, a empresa interpôs recurso ao STJ, que manteve

pelos mesmos fundamentos a penhora on-line decretada pelo juízo *a quo* (BRASIL, 2014b).

Sabemos que o aspecto da adequação, decorrente da regra da proporcionalidade, nos ensina que a maneira utilizada para se alcançar uma determinada meta deve ser ao menos fomentada. Pode-se afirmar, por conseguinte, que essa decisão foi adequada, porquanto o seu objetivo, qual seja, o de promover a efetividade do feito executório, foi ao menos fomentado.

A decisão do caso em tela, no entanto, não atende aos requisitos da necessidade, outro componente da regra da proporcionalidade. Isso porque um ato estatal somente será necessário caso a concretização do objetivo almejado não possa ser realizada, de maneira semelhante, por meio distinto que restrinja em menor grau o direito fundamental que fora prejudicado.

De acordo com o art. 9º, §3º, da Lei nº 6.830/1980 - Lei de Execução Fiscal, a carta de fiança bancária produz os mesmos efeitos da penhora on-line, o que se faz concluir pela semelhança dos meios executórios, segundo a ótica do exequente. Por outro lado, essa modalidade de penhora restringe em maior grau a livre iniciativa do executado do que a fiança bancária. Deste modo, desnecessária seria a manutenção de penhora on-line em detrimento da fiança bancária.

Vale ressaltar que a regra da proporcionalidade, no campo específico da necessidade, não exige que o dano causado pela aplicação pela medida seja manifestadamente desproporcional, mas apenas que o direito fundamental seja restringido em intensidade menor, comparativamente a outra medida.

Por fim, citamos a proporcionalidade em sentido estrito, a qual indica basicamente que o meio imposto para o alcance do objetivo deve obedecer a uma regra de ponderação entre o que motivou a decisão da medida tomada e o direito fundamental restringido. No entanto, neste caso específico, não há que se falar em aplicação desta sub-regra, tendo em vista a desaprovação da medida pelo crivo da necessidade.

O segundo caso se refere à execução fiscal tentada pelo Estado de São Paulo para reaver créditos de ICMS. Foi realizada penhora on-line dos ativos financeiros da empresa executada via sistema BacenJud. O executado requereu ao juízo a substituição dessa medida executória alegando possuir créditos oriundos de precatórios.

Muito embora exista a possibilidade de se levantar créditos de precatórios para satisfazer eventual execução fiscal, como prevê a legislação, o executado não conseguiu provar ser titular dos precatórios e outra medida executória não propôs ao juízo. A 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo negou seguimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo executado e, posteriormente, o STJ veio confirmar essa decisão (BRASIL, 2013b).

Analisando-se o caso concreto de modo a aplicar a regra da proporcionalidade, no aspecto da adequação, tem-se que a

negativa de substituição da medida é legítima. Isso porque a efetividade da execução fiscal em apreço foi fomentada com a penhora on-line dos ativos financeiros do executado.

Na sequência da regra da proporcionalidade é possível afirmar que a inadmissão do precatório como forma de satisfazer o crédito em execução é necessária. Isso porque, como se afirma nos autos, não restou comprovado que a titularidade do precatório era da empresa executada. Nesse caso, já que o devedor não ofereceu qualquer outra possibilidade de execução, como bens ou outros créditos, a penhora on-line é a única opção que tem o juízo de dar efetividade à execução.

Por fim, chega-se ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual é necessária a ponderação de valores no campo jurídico-constitucional. De um lado há a livre iniciativa do devedor, e, de outro, a máxima efetividade da prestação jurisdicional. Na ponderação entre esses dois princípios, sobressai-se a máxima efetividade da jurisdição. Não há que se falar em restrição da livre iniciativa do devedor, tendo em vista que, se a penhora on-line o onerasse, ele teria indicado outras medidas executivas para que o crédito da Fazenda fosse satisfeito, e não apontado créditos de precatórios que nem seus realmente eram.

3 Conclusão

Os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin muito contribuem para o aperfeiçoamento dos estudos jurídicos. Diante deste trabalho, percebe-se a importância da aplicação da teoria dos princípios e da regra da proporcionalidade na elaboração de leis, decisões e quaisquer outras medidas de autoria estatal.

É certo que o fisco, devido ao papel fundamental que representa para o Estado, necessita que a lei lhe reserve garantias processuais para facilitar a satisfação de seu crédito no feito executório, como o mecanismo da penhora on-line. Contudo, para cada caso há que se analisar até que ponto o manejo desse instrumento encontra-se justificado, não obstante a existência de previsão legal para o mesmo.

A função da teoria dos princípios e da regra da proporcionalidade é a de aprimorar as escolhas do legislador, magistrado ou administrador. É fazer com que tais medidas sejam aplicadas da forma mais justa possível.

Mostra-se essencial o sopesamento entre princípios quando da existência de controvérsias no caso a ser examinado. Muitas vezes são percebidas lacunas junto à lei, levando-se à aplicação obrigatória da ponderação entre princípios para que se chegue a uma conclusão razoável.

A regra da proporcionalidade é também de suma relevância porque traduz um mecanismo que promove análise minuciosa do caso concreto, de tal maneira que se fomente ao máximo a segurança jurídica dentro das possibilidades.

Enfim, necessária se faz uma reflexão quanto aos métodos utilizados pelo Estado brasileiro para a execução do direito, sobretudo quanto à atuação dos juizes. Deve ser reconhecida a

relevância dos princípios jurídicos, pois constituem a base do ordenamento, e não ater-se somente à letra da lei. A aplicação da teoria dos princípios e da regra da proporcionalidade nos conduz ao caminho da justiça, que é fundamental para todo Estado democrático de direito.

Referências

- ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 13 set. 2014.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 118*, de 9 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp118.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BRASIL. *Lei Ordinária nº 517*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 13 set. 2014.
- BRASIL. *Lei Ordinária nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2014.
- BRASIL. *Lei Ordinária nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.
- BRASIL. *Lei Ordinária nº 11.382*, de 6 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11382.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.356.796*. 2 Turma. Min. Rel. Mauro Campbell Marques, julgado em 07/03/13a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=27481857&sReg=201202405881&sData=20130313&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 set. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 320.646*. 2. Turma. Min. Rel. Humberto Martins, julgado em 25/05/13b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28756838&sReg=201300901215&sData=20130528&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 431.643*. 2. Turma. Min. Rel. OG Fernandes, julgado em 11/03/14a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33844417&num_registro=201303789374&data=20140327&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 415.120*. 2. Turma. Min. Rel. Humberto Martins, julgado em 22/04/14b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp>

- sLink=ATC&sSeq=35034547&sReg=201303530294&sData=20140429&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 ago. 2014.
- CARRAZZA, R.A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- COÊLHO, S.C.N. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária: o significado do art. 116, parágrafo único, do CTN*. São Paulo: Dialética, 2003.
- COÊLHO, S.C.N. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, BacenJud. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/bacenjud>>. Acesso em: 21 jun. 2014.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GALUPPO, M.C. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Rev. Inf. Legislativa*, n.143, p.191-209, 1999.
- GODOI, M.S. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GOMES, A.R. A penhora online na execução fiscal: aspectos gerais e compatibilização com o direito à intimidade do executado. *Âmbito Jurídico*, v.8, n.72, 2010.
- JAYME, E. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Haia: Académie de Droit International de la Haye, 1995.
- LACOMBE, A.L.M. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MACHADO-SEGUNDO, H.B. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARCACINI, A.T.R. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. 1999. 275f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 1999.
- PONTES, H.C. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, V.A. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n.798, p.23-50, 2002.