

Análise crítica da jurisprudência do STJ no que tange à aplicação do princípio da menor onerosidade para o devedor nas ações executivas após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006

Fernanda Campos de Cerqueira Lana¹

João Paulo Fanucchi de Almeida Melo²

Sumário: 1. Introdução. 2. Julgamento paradigma – Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 940.688-DF. 3. Análise crítica do entendimento que ora se consolida no STJ. 3.1. Necessidade de harmonização das regras atinentes à execução de títulos extrajudiciais. 3.2. Da preservação do direito constitucional de sigilo das informações bancárias, salvo hipóteses excepcionais. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar o entendimento que ora se consolida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, referente à ordem preferencial de penhora prevista no art. 655 do Código de Processo Civil – CPC –, bem como à chamada penhora *on-line*, introduzida no direito positivo brasileiro pelo art.655-A, CPC. Referido Tribunal Superior trata o rol dos incisos do art.655 de forma taxativa e rígida, deixando de observar, portanto, o princípio da menor onerosidade para o devedor, conforme intitulado pela doutrina, positivado no art. 620 do CPC³. Ademais, o STJ permite que a penhora *on-line* pelo sistema Bacen-JUD, que configura quebra de sigilo bancário segundo entendimento do próprio Tribunal, seja levada a efeito sem que se esgote a busca por outros meios de satisfação do crédito exequendo, em flagrante violação a direito fundamental do executado.

Até mesmo com escopo de delimitar a matéria ora proposta para estudo, cumprenos ressaltar, de antemão, que a doutrina denomina o art. 620 do CPC como princípio da menor onerosidade para o devedor, princípio da economia da execução⁴ ou princípio do menor sacrifício do executado⁵. Isso porque, a partir da dicotomia das normas jurídicas⁶ – princípios ou regras –, entende que, tendo em vista o alto grau de abstração dos enunciados normativos, devem eles ser qualificados como princípios, e não como regras.

Ao contrário de outros princípios criados por juristas de todo o País⁷, muitos deles de duvidosa legitimidade, o direito de o suposto devedor ser executado do modo menos gravoso está previsto na legislação processual civil vigente. Independentemente da

¹ Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Advogada.

² Mestrando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, Professor do Curso de Graduação da Universidade José do Rosário Vellano – Unifenas – e Advogado.

³ 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”.

⁴ THEODORO JUNIOR, 2005.

⁵ TALAMINI; WAMBIER 2008.

⁶ Parte da doutrina apresenta ainda os postulados como outra espécie de normas jurídicas.

⁷ Por exemplo: princípio da prudência, princípio do mínimo existencial, princípio da reserva do possível, princípio da concisão etc.

nomenclatura⁸ atribuída ao dispositivo – regra, princípio ou postulado –, trata-se de norma jurídica expressa e direito do cidadão.

Delimitando-se a pesquisa ora proposta, o objetivo, portanto, é a análise das possíveis interpretações do princípio em referência concomitantemente com os artigos 655 e 655 – A do CPC, após a edição da Lei nº 11.382/2006.

Para tanto, imperioso seja apresentado julgamento realizado pela Corte Especial do STJ, apontado, no presente trabalho, como paradigma, assim como outros julgados que seguem a mesma linha, todos no âmbito do Tribunal da Cidadania.

Após a exposição do entendimento do STJ, apresentaremos a exegese que julgamos ser a mais correta, sempre com amparo nas normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, aplicáveis à espécie.

2. Julgamento paradigma – Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 940.688-DF

Como primeiro tópico do trabalho, entendemos ser necessário apresentar, mesmo que de forma sucinta, o entendimento exarado pelo STJ no que tange à penhora de dinheiro em sentido amplo – em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira – no curso de processo executivo, antes e depois da vigência da Lei nº 11.382/2006, que reformou parte do CPC.

Conforme pesquisa realizada no sítio do STJ na internet, antes do advento da Lei nº 11.382/2006, a penhora de dinheiro no curso do processo de execução somente poderia ser efetivada em casos excepcionais, ou seja, quando o credor já tivesse diligenciado no intuito de localizar outros bens do devedor passíveis de satisfazer o crédito exequendo, sem lograr êxito. Em outros termos, em respeito ao enunciado do art. 620 do CPC, a penhora de dinheiro ou ativo financeiro somente teria vez como última *ratio*, na falta de outros meios capazes de satisfazer o direito do exequente.

É bem verdade que, em sede de recurso especial, houve julgados que evitaram analisar a matéria posta em debate. Alguns ministros entendiam que o estudo da aplicação do art. 620 do CPC necessariamente fazia com que a análise fática fosse reavaliada no âmbito do STJ, conduta não admitida pela Súmula 07 do Tribunal⁹. No entanto, os julgadores que adentravam no mérito da questão sustentavam, conforme dito acima, que a penhora em dinheiro somente poderia se efetivar em último caso. Ressalte-se que não são poucos os julgados que reformaram decisões de tribunais inferiores, no sentido de efetivar a aplicação do princípio da menor onerosidade para o devedor.

Ocorre, entretanto, que, com a promulgação da Lei nº 11.382 de 06 de dezembro de 2006, houve alteração na redação do art. 655 e introdução do art. 655 – A, ambos no CPC. A partir da modificação legislativa, o STJ entendeu por bem retificar o entendimento até então consolidado, admitindo, mesmo que implicitamente, flagrante caráter interpretativo da lei mencionada. Assim, a penhora de dinheiro em sentido amplo, outrora cabível em casos excepcionais, passou a ser observada como regra de aplicabilidade absoluta. Nesse sentido,

⁸ Adverte-se que no presente trabalho, em sintonia com a doutrina e jurisprudência, adotar-se-á a nomenclatura princípio da menor onerosidade para o devedor – art. 620 do CPC – e regras – art. 655 e 655-A, ambos do CPC. A advertência é oportuna, pois, até mesmo visando delimitar o objeto do trabalho, os estudos das normas jurídicas não serão analisados aqui.

⁹ Súmula 07, STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

transcrevemos ementa de julgado da Corte Especial do STJ, que serve de paradigma para o presente trabalho:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. CONVÊNIO BACEN JUD. INDISPONIBILIDADE DE NUMERÁRIO EM CONTA-CORRENTE. POSSIBILIDADE.

1. Nas execuções iniciadas antes do advento da Lei nº 11.382/2006, que incluiu os depósitos e as aplicações em instituições financeiras entre os bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os dinheiro em espécie, somente é admissível a utilização do sistema Bacen Jud, com a constrição do ativo financeiro por meio eletrônico, quando esgotados todos os meios para a localização de bens do devedor.
2. Afirmando pelo Tribunal a quo que foram esgotados todos os meios de obtenção de informações sobre a existência de bens do devedor, maiores considerações acerca da questão, com a inversão de tal conclusão, implicam o reexame do universo fático-probatório dos autos, vedado pelo enunciado nº 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.
3. Embargos de divergência acolhidos¹⁰. (grifamos)

De forma semelhante, outro julgado, Resp 1.101.288-RS, demonstra a alteração de entendimento do STJ sobre a matéria, de acordo com marco temporal expresso, qual seja, antes e depois da vigência da Lei nº 11.382/2006:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ON LINE. ARTS. 655 E 655-A DO CPC. ART. 185-A DO CTN. SISTEMA BACEN-JUD. PEDIDO REALIZADO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006. PENHORA ENTENDIDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DE EXECUTADO. SÚMULA N. 7/STJ. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ APLICÁVEL AOS PEDIDOS FEITOS NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA ALUDIDA LEI. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.
2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n. 11.382/2006.
3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema Bacen-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

¹⁰ BRASILa, 2008.

4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei, é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.
5. No caso em apreço, o Tribunal a quo indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.
6. Como o pedido foi realizado dentro do período de vigência da Lei n. 11.382/2006, aplica-se o segundo entendimento.
7. Recurso especial provido¹¹.

A partir do paradigma acima mencionado, bem como de julgados que acenam no mesmo sentido, a exemplo do Resp 1.101.288-RS, o tema problema ora se limita ao seguinte: (i) após a promulgação da Lei nº 11.382/2006, o princípio da menor onerosidade para o devedor, positivado no art. 620 do CPC, não possui mais aplicabilidade? (ii) oficiar ao Banco Central visando obter informações sobre aplicativos financeiros sempre foi entendido, no âmbito do STJ, como quebra de sigilo bancário. O sigilo bancário, direito e garantia fundamental previsto no art. 5º da Constituição, cuja quebra somente se admite em último grau, passou a ser facilmente relativizado?

3. Análise crítica do entendimento que ora se consolida no STJ

De antemão, antes de aprofundar na análise crítica, algumas ressalvas são necessárias. Isso porque a posição que iremos sustentar adiante poderá ser interpretada em sentido totalmente distinto do que, em verdade, pretendemos. O presente trabalho não tem como escopo, evidentemente, apresentar teses que sirvam de sustentáculo para o devedor se exima do dever de adimplir com suas obrigações. Pelo contrário, a interpretação que propomos é imparcial e tem suporte em normas jurídicas positivadas. Afastamo-nos da moral, muito embora normas jurídicas, em algumas oportunidades, a carregue, e pretendemos sustentar a busca da justiça por meio da equidade.

Nesse diapasão, quando o STJ acena com a possibilidade de assentar regra intransponível, conforme apontado nos julgados mencionados no tópico anterior, o Tribunal simplesmente cria regra geral, que, deveras, poderá ser injusta. Sem receios, podemos afirmar que a aplicação fria do entendimento que aparentemente se concretizará no âmbito do STJ, certamente, em algum caso concreto, promoverá a injustiça. Sempre oportuno ressaltar que, para se alcançar a justiça, à luz da melhor interpretação atualmente sustentada, circunstâncias particulares devem prevalecer sobre as gerais.

Nunca demais frisar: muito embora a ação executiva tenha como pressuposto a certeza, liquidez e exigibilidade do título – judicial ou extrajudicial –, não são raros os casos em que ela precisa ser interrompida. Ora, os embargos são úteis exatamente para impugnar a pretensão executiva ilegítima. O fato de o processo executivo ter cognição extremamente reduzida, não afasta o direito de o executado exercer as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, por meio de processo incidental próprio. Sobre o assunto,

¹¹ BRASILb, 2008.

oportuna menção à doutrina dos doutos Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *in verbis*:

Servem os embargos não só à discussão do crédito pretendido e à desconstituição do título executivo como também para corrigir defeitos do processo de execução, impedindo, em todos esses casos, a atuação executiva indevida.¹²

Assim, se a própria sistemática processual reconhece que, apesar de ter reduzido caráter cognitivo, o processo de execução pode padecer de vícios que atingem a pretensão do credor, os aplicadores do Direito devem se acautelar ainda mais antes de autorizar medidas excessivamente prejudiciais ao executado.

Pois bem. A edição da Lei nº 11.382/2006, inspirada nas garantias de efetividade e economia processual, visou aperfeiçoar o sistema da execução dos títulos extrajudiciais e, para tanto, operou diversas modificações no texto do Código de Processo Civil.

Entre as mudanças, destacamos o art.655, que trata da gradação legal da penhora, e o art.655-A, introduzido pela lei em estudo e que cuidou da penhora de saldo de depósito bancário e de percentual de faturamento, preferencialmente por meio eletrônico – penhora *on-line*.

Antes da mencionada reforma, o art.655 também traçava os parâmetros da gradação legal da penhora, sendo que seu *caput* continha o seguinte texto: “incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: (...)”¹³. Na vigência dessa regra, muito se discutia em doutrina e jurisprudência sobre a rigidez da referida gradação legal, sendo certo que, à época, pacificou-se o entendimento de que a ordem prevista pelos incisos do art.655 não era inflexível e poderia ser alterada de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006, vislumbrou-se que o texto legal finalmente iria se harmonizar com a posição já prevalecente entre renomados juristas. Tal presunção, certamente, teve amparo na modificação operada no *caput* do art.655 do CPC, que passou a prever expressamente: “A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (...)”. Diante da inserção do termo ‘preferencialmente’, surgiu a convicção de que a ordem estampada nos incisos do art.655 não é rígida e, dessa forma, não representa *conditio sine qua non* para efetivação da penhora e satisfação do crédito do exequente.

Interessante notar que, no ano de 2007, logo após a edição da lei estudo portanto, o renomado processualista Humberto Theodoro Júnior lançou obra voltada exclusivamente para minuciosa análise do então novo texto legal. Em seu trabalho, o professor Humberto Theodoro afirmou categoricamente que: “O texto renovado do art.655 afina-se com a jurisprudência ao estatuir que ‘a penhora observará, *preferencialmente*’, a gradação da lei (e não obrigatória ou necessariamente)”¹⁴.

Entretanto, contrariando a premissa levantada pelo eminente processualista mineiro, bem como sua já consolidada jurisprudência, o STJ agora acena com a possibilidade de, nos pedidos de constrição de bens realizados após a vigência da Lei nº 11.382/2006, ser efetuada penhora de ativos financeiros por meio eletrônico – penhora *on-line* pelo sistema Bacen-JUD – sem que se esgote a busca por outros bens passíveis de penhora. Para tanto, o Tribunal se funda no fato de referidos depósitos ou aplicações em instituições financeiras terem sido equiparados a dinheiro em espécie, conforme texto modificado do art.655 do CPC. Ou seja, o STJ, verificando que o bloqueio de ativos financeiros foi posicionado, juntamente

¹² TALAMINI; WAMBIER, 2008, p.386.

¹³ art.655, *caput* do CPC, antes de ser modificado pela Lei nº 11.382/2006.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, 2007, p. 69.

com dinheiro em espécie, no inciso I do art.655, passou a entender como inafastável a modalidade de penhora *on-line*, quando possível, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Assim, havendo ativos financeiros passíveis de constrição judicial, devem ser eles penhorados, não importando se há outros modos de se satisfazer o crédito exequendo.

Com esse entendimento, além de contrariar a inexigibilidade de obediência rígida à ordem legal de penhora, seja pelo texto do art.655, *caput*, seja pelo prudente entendimento doutrinário e jurisprudencial já consolidado, o STJ também vai de encontro ao princípio da menor onerosidade para o devedor e, ainda, ao direito constitucional de sigilo das informações bancárias, que só deve ser relativizado em casos excepcionais.

3.1. Necessidade de harmonização das normas atinentes à execução de títulos extrajudiciais

Conforme já explicitado, a Lei nº 11.382/2006 realizou, dentre outras, modificações no art.655 do CPC e inseriu, no texto processual civil, o art.655-A. É preciso ressaltar, entretanto, que tais alterações não devem ser analisadas de forma independente no ordenamento jurídico, devendo se compatibilizar com as demais regras e princípios vigentes, uma vez que as normas jurídicas pressupõem um contexto de inter-relação entre si¹⁵.

Dessa forma, certo é que os ditames legais trazidos pelos artigos 655 e 655-A do CPC, assim como todas as demais normas que tratam da execução do título extrajudicial, devem se harmonizar com o princípio da menor onerosidade para o devedor, advindo do art.620 do CPC. De acordo com a melhor doutrina, tal princípio, também chamado de princípio da economia da execução, impõe que toda execução deve se realizar “de forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível para o devedor”¹⁶.

Assim, tratando-se de normas vigentes contidas em um ordenamento jurídico sistêmico e sem hierarquia entre si, tais regras e princípios devem ser interpretados de forma que se relacionem coerentemente. No caso em estudo, portanto, a penhora de bens do devedor para satisfação do direito do credor só é legítima se compatível com o princípio da economia da execução.

Devemos nos afastar de ponderações desnecessárias. É preciso, ainda, que nos apartemos de modelos ou teorias do direito importadas de outros países, onde regras são aplicadas no modelo “tudo ou nada” e os princípios em máxima medida¹⁷. Ademais, sistemas que prevêem que quando houver choque entre princípios e regras, as últimas devam prevalecer, também precisam ser afastados. O modelo brasileiro é diferente. Regras confrontando com princípios de mesmo grau hierárquico nem sempre prevalecerão, assim como os princípios sobre regras¹⁸. O caso concreto é que responderá, à luz dos denominados, pelo Supremo Tribunal Federal, princípios da razoabilidade e proporcionalidade¹⁹ qual solução será apta a promover a justiça. Não é o caso, no entanto, de aprofundarmos nesse particular.

A premissa que ora se sustenta, a nosso ver, é mais objetiva. Entendemos que as regras contidas no art. 655 devem conviver conjuntamente e em harmonia com o princípio previsto no art. 620, ambos do CPC. Noutros termos, o entrecruzamento dos dois enunciados

¹⁵ BOBBIO, 1995, p.71

¹⁶ THEODORO JUNIOR, 2005, p.11.

¹⁷ Vide Ronald DWORKIN, 2007, p. 35 e ss.

¹⁸ ÁVILA, 2008, p. 44-64.

¹⁹ Para Humberto Ávila são normas de segundo grau, ou seja, postulados normativos. Tais normas auxiliam o intérprete quando da aplicação do direito.

normativos apontam na mesma direção, ao passo que, em conjunto, formalizam uma norma. Veja-se o texto dos enunciados:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem (...)

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

A norma que pode se formalizar a partir do entrecruzamento dos dois enunciados normativos é a seguinte: não sendo o meio mais gravoso, a penhora deverá recair sobre o dinheiro, preferencialmente. Sendo a penhora de dinheiro meio mais gravoso e existindo outros modos ou possibilidades que satisfaçam a execução, a penhora deverá observar esse preceito. Por fim, sendo a penhora em dinheiro em sentido amplo a única forma de se promover a execução, o ato deve ser concretizado.

Na mesma linha de raciocínio, o entendimento de Wambier e Talamini:

A regra do art.655 procura privilegiar a eficiência da execução, mas sem desconsiderar o princípio do menor sacrifício do executado (art.620). Precisamente, por buscar o equilíbrio entre dois princípios, tal ordem não é rígida e absoluta (...). Eventualmente, admitir-se-á que a penhora recaia sobre bem em posição posterior na ordem de preferência, pois seria excessivamente oneroso para o devedor se a constrição atingisse bens melhor posicionados (exemplo: penhora de imóvel no lugar de dinheiro destinado à manutenção empresarial da sociedade devedora(...)).²⁰

Importante ressaltar, ainda, que a medida extrema prevista no art. 655 – A do CPC somente terá vez em último caso. Afinal, conforme a seguir restará demonstrado, por detrás do mencionado enunciado normativo existe norma hierarquicamente superior, qual seja, o direito fundamental e constitucional ao sigilo bancário, cuja quebra somente se admite em último grau.

Nesse sentido, questiona-se o acerto da recente jurisprudência do STJ, que consigna ser inafastável a constrição de dinheiro em sentido amplo, sem atentar para eventuais prejuízos suportados exclusivamente pelo devedor. O mais prudente é que, analisando-se as circunstâncias do caso concreto, sejam concomitantemente resguardados os direitos do devedor e do credor, o que levará, por vezes, à relativização da ordem de penhora estampada no art.655 do CPC.

O risco de violação a prerrogativas legítimas do executado advindo do novo entendimento do STJ é patente. Imagine-se um caso em que se ordenou penhora sobre parte do faturamento de uma sociedade empresária. Certamente, essa constrição poderá causar prejuízos ao bom desenvolvimento da empresa, o que leva o executado a requerer a substituição da penhora, por exemplo, por veículos automotores sem quaisquer restrições judiciais e com bom mercado comprador. Tal substituição, caso negada, irá acarretar prejuízos somente ao devedor; noutro giro, se concedida, irá garantir simultaneamente as prerrogativas de ambas as partes²¹.

²⁰ TALAMINI; WAMBIER, 2008, p 206.

²¹ É de se ressaltar, no entanto, que o juiz pode determinar a penhora de parte do faturamento da empresa. Naturalmente, penhora de faturamento não corresponde meio menos oneroso para satisfazer a execução. Afinal, faturamento nem sempre será positivo, o que, por conseguinte, nos leva a crer que outros meios poderão ser utilizados.

Assim, não se vislumbra qualquer explicação coerente que determine ser a penhora pelo sistema Bacen-JUD, após a Lei nº 11.382/2006, absoluta sobre outros modos que igualmente garantam a satisfação do crédito executando. As alterações operadas por aludida lei não revogaram nem afastaram o princípio estampado no art.620 do CPC, que deve ser observado em toda execução de título extrajudicial.

É de se destacar: inexistente fundamento plausível que fundamente ou dê suporte para mudança radical de entendimento do STJ. A coerência, virtude a ser seguida nas decisões judiciais, deve ser observada na sua máxima medida, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Em outros termos, não se sustenta o engessamento do direito. No entanto, para mudança radical de entendimento há tanto tempo pacificado no âmbito de um tribunal, conforme o objeto do presente trabalho, o mínimo que se espera é a apresentação de fundamentos jurídicos e fáticos palpáveis que sirvam de base para a decisão, ou melhor, mudança de entendimento²².

3.2. Da preservação do direito constitucional de sigilo das informações bancárias, salvo hipóteses excepcionais.

A gradação legal da penhora prevista no art.655 do CPC não deve ser, como visto, tratada de forma inflexível, podendo ser relativizada no caso concreto. A leitura conjunta dos enunciados normativos do art. 655 e 620, ambos do CPC, nos leva a conclusão totalmente distinta da alcançada pelo Tribunal da Cidadania. Entretanto, ainda que assim não se entenda, é necessário ressaltar que a penhora de bens para satisfação de créditos em execução não deve ser feita em desacordo com a Constituição vigente.

Conforme é cediço, a Constituição é a norma suprema do Estado de Direito. Independentemente da classificação atribuída – analítica ou sintética, material ou formal, dogmática ou histórica etc. –, certo é que ela está em posição de destaque no ordenamento jurídico. É a partir do texto constitucional que o legislador infraconstitucional e o intérprete devem trabalhar. Necessariamente, decisão judicial ou ato do Executivo ou do Legislativo devem estar em total sintonia com o texto constitucional, sob pena de ser excluído do ordenamento jurídico, isto é, ocorrer a declaração de inconstitucionalidade. Sobre a “supremacia do texto constitucional”, tal premissa resta consagrada entre nós. Tanto é que Álvaro Ricardo de Souza Cruz aponta “supremacia da Constituição” como postulados que “devem ser entendidos como elementos sem os quais soçobra coerência, a integridade e a consistência do Direito, sob o ponto de vista propedêutico de um paradigma específico científico”²³.

Sendo a Constituição a norma jurídica positivada de maior destaque ou grau hierárquico no ordenamento jurídico, o processo de interpretação deve ser realizado em conformidade com ela. Fala-se, aqui, em “interpretação conforme a Constituição”. Para tanto, devemos partir da premissa de que existe supremacia das normas constitucionais e presunção de constitucionalidade de atos normativos e leis editados pelo Poder Público. A partir de tal precedente, devemos também, na medida do possível, dar preferência ao sentido da norma que seja compatível com a Constituição, evitando, por conseguinte, declaração de sua inconstitucionalidade. Em outros termos, devemos buscar sempre a alternativa que nos leve a um juízo de constitucionalidade da norma. Assim, o objetivo é de preservar a norma, o que,

²² Nesse sentido, conferir DWORKIN, 2007, p. 137-139.

²³ CRUZ, 2007, p. 269.

de fato, prestigia a economia processual, supremacia da constituição, unidade do ordenamento jurídico, presunção de constitucionalidade das leis.

O leitor, no momento, pode estar questionando quais são os motivos que nos levam a essa exposição. A resposta é imediata: o STJ consolidou entendimento que oficiar ao Banco Central na busca de recursos financeiros para realização de penhora seria quebra de sigilo bancário. O sigilo dos dados bancários é direito constitucional procedente do princípio da privacidade, inserido nos incisos X e XII do art. 5º, cuja quebra, portanto, somente é admitida em casos excepcionais. Partindo de tal premissa, que presumimos seja coerente e não deva ser alterada abruptamente, a penhora *on-line* positivada no art. 655-A não deve ocorrer somente em casos extremos, em respeito ao direito de privacidade? É o que passamos a sustentar.

Irrepreensível o entendimento de que o sigilo dos dados bancários faz parte da vida privada do cidadão. Dessa forma, essas informações não podem ser acessadas ou divulgadas de forma livre e sem regramento. Na verdade, impõe-se o estabelecimento de um padrão rígido para que se admita a quebra do sigilo bancário, entre a qual está contida a penhora *on-line* pelo sistema Bacen-JUD.

Essa ilação advém da Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, que, afastando o caráter absoluto dessa classe de prerrogativas, admite a relativização delas, mas somente em casos peculiares²⁴. O que tal teoria apregoa é que os direitos e garantias fundamentais, apesar de serem de extrema valia para a convivência harmônica em sociedade, “não podem ser utilizados com verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, (...) sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”²⁵.

A premissa se coaduna com o objeto de estudo do presente trabalho. Certamente, como já exposto, não apregoamos a aplicação de medidas que visem procrastinar as tutelas executivas, eximindo o executado de arcar com suas obrigações, quando existentes e legítimas. Porém, na efetivação do direito do credor, devem ser respeitados os direitos fundamentais do devedor, para que o processo de execução não se transforme em verdadeiro objeto de imposição arbitrária nas mãos do exequente.

Resta claro, assim, que o expediente autorizado pelo art.655-A do CPC, por representar relativização de direito constitucionalmente previsto, somente deve ser utilizado como última *ratio*. Ou seja, é cabível a penhora *on-line* para satisfação do crédito exequendo, mas somente quando por outra forma não se puder realizá-lo.

Nesse sentido, concebe-se a crítica que fazemos ao atual entendimento esposado pelo STJ. O Tribunal da Cidadania, ao permitir que, após o advento da Lei nº 11.382/2006, a penhora pelo sistema Bacen-JUD seja feita sem que se esgotem todos os outros meios capazes de satisfazer a pretensão executiva, autoriza, ainda que indiretamente, a relativização de um direito constitucional sem a devida cautela.

Nessa linha argumentativa, ainda que se conclua ser a gradação legal de penhora trazida pelo art.655 do CPC rígida e de observância obrigatória – com a ressalva de que esse eventual entendimento não encontra amparo na melhor doutrina –, o art.655-A só deve ser utilizado em hipóteses excepcionais, e não como regra geral nos pedidos de penhora feitos após a vigência da Lei nº 11.382/2006, como vem fazendo o STJ.

4. Conclusões

²⁴ O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser violado à luz do postulado da proporcionalidade, isto é, somente se a conduta for necessária, adequada e proporcional em sentido estrito. (ÁVILA, 2008, p. 161 – 173)

²⁵ MORAES, 2003, P.60.

1 – Segundo julgamento paradigma prolatado nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 940688-DF, bem como outros julgados posteriores, como o RESP 1.101.288-RS, o STJ demonstra que está propenso a alterar entendimento consolidado há tempo no Tribunal. Nesse sentido, a penhora de dinheiro – em sentido amplo – deve ser realizada de modo absoluto, independentemente de existir possibilidade de a execução prosseguir de forma menos onerosa para o devedor;

2 – Não se pode olvidar que o processo de execução tem cognição sumária. Entretanto, caso o entendimento do STJ venha a ser aplicado de forma irrefutável, princípios constitucionais-processuais basilares serão visivelmente infringidos;

3 – Os enunciados normativos do art. 620 e art. 655, ambos do CPC, são harmônicos entre si. Nesse sentido, o entrecruzamento dos enunciados formaliza uma norma: não sendo o meio mais gravoso, a penhora deverá recair sobre o dinheiro, preferencialmente. Sendo a penhora de dinheiro meio mais gravoso e existindo outros modos ou possibilidades que satisfaçam a execução, a penhora deverá observar esse preceito. Por fim, sendo a penhora em dinheiro em sentido amplo a única forma de se promover a execução, o ato deve ser concretizado;

4 – Partindo-se da premissa de que oficiar ao BACEN, bem como realizar penhora por meio do convênio BACEN-JUD significa quebrar o sigilo bancário, conforme entendimento do próprio STJ, a aplicação ou efetivação do art. 655 – A do CPC somente terá vez a partir da interpretação da norma hierarquicamente superior, ou seja, da Constituição, que garante o direito fundamental à privacidade.

5. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 190 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 940688/DF. Rafael Mendes Rechden *versus* Francisco de Assis Carvalho. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 15 out. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 25 maio 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.101.288/RS. Conselho Regional de Imóveis do Estado do Rio Grande do Sul *versus* Atilar Gilberto Gerstner. Relator Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 02 abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 25 maio 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 415 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da constituição e controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 2: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.