

OS EFEITOS DA VELOCIDADE DA TECNOLOGIA NA SATISFAÇÃO EXECUTIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE^{1*}

Lorena Osório da Costa^{2**}

Resumo: O advento da informática também favoreceu ao Judiciário, que através do sistema BACENJUD, passou a conferir maior agilidade e velocidade à satisfação executiva. Com este sistema, o magistrado passa a ter acesso restrito a dados bancários do executado no que tange às informações sobre ativos financeiros e a efetiva indisponibilidade do mesmo. Essa permissividade dos juízes de terem acesso a esses dados do executado soa algumas controvérsias quanto à intimidade do devedor e ao sigilo bancário que merecem ser analisados à luz da legalidade.

Palavras-chave: Penhora *on line*; Sistema BACENJUD; Sigilo Bancário; Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

A penhora *on line* é um instituto processual recente e de grande valia para a efetividade executiva. Consiste na indisponibilização de dinheiro do devedor com o fim de satisfazer os anseios do credor em processo de execução judicial ou extrajudicial. Trata-se de uma forma moderna de se efetuar penhora de dinheiro utilizando-se dos recursos oferecidos pela informática para realizá-la.

Como toda novidade no meio jurídico, incidem questionamentos e algumas questões controvertidas acerca da possibilidade ou não da

1 * Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado no segundo semestre do ano de 2009, como requisito de avaliação da disciplina trabalho de curso II, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Administradora e aluna do curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado.

Contato: lorenaocosta@hotmail.com

aplicação do referido instituto em virtude de ser um meio executivo drástico para o devedor.

Diante disso, demanda-se ponderação para que a medida adotada em cada caso concreto justifique o ônus imposto ao credor ou ao devedor, e se as conseqüências positivas obtidas com tal ato superam as negativas para o desenrolar do processo.

Neste sentido, muito se discute se tal instituto compromete ou não o sigilo bancário, ou seja, se há ou não desrespeito ao mesmo.

O tema é polêmico, pois a velocidade de seus efeitos impacta nas relações jurídicas travadas, o que demanda ponderação de direitos fundamentais, quais sejam a satisfação executiva *versus* direito à intimidade.

Por ser a penhora *on line* um ato invasivo, objetivando a satisfação executiva, pertinente acolher cada vez mais a base principiológica do Direito, principalmente no que tange ao princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, no decorrer deste trabalho, responderemos de que forma a aplicação da penhora *on line*, nas execuções, vem se mostrando, em tempos de modernidade tecnológica, e se sua aplicação mostra-se fundamentada no princípio da proporcionalidade.

Desta forma, o presente trabalho, valendo-se de vasta pesquisa bibliográfica e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, explanará a aplicabilidade da penhora *on line* nas execuções, verificando o conceito, a natureza jurídica e a função da penhora e analisará a contribuição célere do progresso da informática para a satisfação executiva, como a questão da operacionalização do sistema BACENJUD.

Além disso, se fará uma análise da controvérsia existente entre a aplicação da penhora *on line* e a questão do sigilo bancário e a necessidade imperiosa da aplicação do princípio da proporcionalidade nas decisões que envolvam adoção de meios executivos drásticos, como se verifica com a penhora *on line*.

A APLICABILIDADE DA PENHORA ON LINE NAS EXECUÇÕES

O ordenamento jurídico recepcionou a penhora *on line* como medida dotada de eficácia para o cumprimento das diversas sentenças prolatadas nos diversos juízos do Direito. Em tempos de resgate de credibilidade

jurisdicional, a referida medida triunfa no meio jurídico mostrando-se efetiva para solucionar os litígios travados em sede de execuções.

CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PENHORA

A penhora consiste em ato executivo, ainda que insuficiente para satisfazer o credor. O termo “penhora” configura “o ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou de terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução” (MARINONI, 2008, p. 254). Nesta esteira, leciona Didier que “a penhora é o ato que individualiza a responsabilidade patrimonial do devedor, que antes era genérica” (DIDIER, 2009, p. 532). Segundo Araken de Assis, “a penhora é o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo”. (ARAKEN, 2007, p. 592).

A evolução histórica da execução migrou da coação física para a coação patrimonial, recaindo, portanto, sobre os bens do devedor, em atendimento ao princípio da patrimonialidade, como garantia da satisfação executiva. Uma vez frustrada essa satisfação, o patrimônio do executado se individualizava ao *quantum* do pleito executivo.

O bem penhorado pode ser utilizado de forma direta ou indireta para realizar o crédito. A satisfação executiva é direta quando o próprio exequente toma para si o bem, objeto da penhora ocorrendo a adjudicação. Ao passo que a satisfação executiva indireta, o bem é expropriado, sendo convertido em dinheiro e tal valor incorporado ao patrimônio do exequente.

A penhora desempenha 03 (três) funções dentro da execução: a) individualização e apreensão do bem; b) o depósito e a conservação do bem; c) a atribuição do direito de preferência do credor. Diante dessa função “conservativa” discute-se em doutrina qual a sua natureza jurídica: ato executivo, ato cautelar ou um ato misto (executivo e cautelar). A posição doutrinária majoritária entende que a penhora é um ato executivo pelo qual se apreendem bens do devedor. Com isso, a responsabilidade patrimonial deixa de ser genérica para recair especificamente sobre a demanda executiva.

A penhora *on line* consiste em um tipo de penhora especial e que, portanto, apresenta um regramento peculiar na seara processual. Configura um tipo de penhora inovadora utilizada pelo poder judiciário, o qual permite que

os magistrados, através de uma solicitação, bloqueiem, instantaneamente, as contas correntes do executado para que seja garantida a execução em tramitação. Para tanto, foi firmado um convênio entre os Tribunais e o Banco Central denominado BACENJUD.

Embora a penhora *on line* seja um assunto polêmico e controvertido, não constitui prática apenas nas execuções trabalhistas, atualmente mais comuns, mas em todo o Poder Judiciário. Na Justiça do Trabalho, após a celebração do convênio, a medida tornou-se mais recorrente, repercutindo de forma considerável no âmbito das execuções e sendo objeto de ADIN's (Ação Direta de Inconstitucionalidade)³.

O processo de execução tem sido muito difícil de ser efetivamente concretizado, na medida em que a maioria das execuções se dá contra devedores empresários, que nos dias atuais, seja por praticidade ou por estratégia comercial, já não mais possuem bens patrimoniais próprios, o que é um motivo para dificultar a execução.

Outro ponto relevante é a dificuldade de se intimar o executado, que, infelizmente, embaraça as diligências do oficial de justiça através de artifícios pouco condizentes com a lei. Desta forma, o instituto em comento deslancha de forma triunfal objetivando sanar condutas que comprometam a satisfação do crédito.

A penhora *on line*, na qualidade de meio executivo, visa garantir direito reconhecido que fora descumprido. Ocorre que tal novidade processual vem sendo aplicada de forma pouco condizente com os ditames do Direito, despida de certa ponderação e razoabilidade.

O impulso da justiça, na figura do magistrado, em responder aos anseios da execução, vem ultrapassando alguns limites que devem ser observados quando da aplicação da penhora *on line*. Desta maneira, diante da complexidade da questão, é importante se verificar como a referida medida tem sido aplicada nas execuções.

1.2. O SISTEMA BACENJUD

Desde o início dos anos 90, o Banco Central vem prestando um relevante serviço ao Poder Judiciário, no que tange à prestação de informações de

3 Para a definição de ADIN, observar CÂMARA que “consiste numa ação para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor.”.

peças físicas e jurídicas, clientes de instituições pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional.

O advento da sistematização e informatização do Banco Central, com o fornecimento desses dados pelas instituições financeiras, tem contribuído de forma benéfica para o andamento dos processos de execução no âmbito da Justiça, uma vez que tais informações permitem fundamentar as decisões exaradas pelos magistrados com significativos ganhos de agilidade e tempestividade.

Com o objetivo de atender a crescente demanda executiva e visando prestar as informações de forma eficaz, o Banco Central implementou no ano de 2001 a primeira versão do sistema denominado BACEN JUD 1.0., que futuramente seria substituído pelo sistema BACEN JUD 2.0, dispondo de um novo e moderno aplicativo que melhor aprimorasse as funcionalidades do então sistema BACEN JUD 1.0, e, sobretudo, respondesse de forma eficaz as demandas do Judiciário.

Em linhas gerais, esse sistema:

permitiu que os juízes encaminhassem ao Banco Central, via internet, de forma segura e econômica, ordens judiciais de solicitações de informações sobre existências de contas e aplicações financeiras de clientes do Sistema Financeiro Nacional, saldos, extratos, endereços, determinações de bloqueio e desbloqueio de valores, bem como comunicação e extinção de falência.⁴

Sobre suas vantagens, o BACENJUD consiste num sistema rápido, seguro e econômico, pois:

O Juiz de Direito, de posse de uma senha previamente cadastrada, preenche um formulário na *Internet*, solicitando as informações necessárias ao processo. O Bacen Jud, então, repassa automaticamente as ordens judiciais para os bancos, diminuindo o tempo de tramitação; seguro, uma vez que no trânsito das informações entre a Justiça, o Banco Central e as instituições financeiras, será garantida a máxima segurança, com a utilização de sofisticada tecnologia de criptografia de dados; e econômico, haja vista que com a utilização da *Internet*, serão sensivelmente reduzidos os custos com recursos humanos e materiais.⁵

4 BRASIL. Banco Central do Brasil. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/BCJUDINTRO/>. Acesso em 19.11.09.

5 BRASIL. Banco Central do Brasil. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/BCJUDINTRO/>.

A contribuição trazida pelo BACENJUD quanto à viabilidade de satisfação executiva é imensurável e se faz presente nas decisões de alguns Tribunais do país, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. UTILIZAÇÃO DO BACEN JUD a fim de obter informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do devedor. Medida altamente recomendável, em face da jurisdição pós-moderna. Além disso, a localização do réu e de seus bens é de interesse público, pois o Estado deve zelar pela efetiva prestação jurisdicional e pela célere concretização da justiça. Registre-se, outrossim, que não há nenhuma novidade em priorizar na penhora o dinheiro, que ocupa o primeiro inciso do art. 655 do CPC, cuja localização não é disponível ao credor, mas cuja preferência atende, por excelência ao art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF. Agravo provido.⁶

EXECUÇÃO – PENHORA ON LINE – DEFERIMENTO – POSSIBILIDADE SISTEMA BACEN JUD – Em que pese o fato de ser a execução promovida pelo modo menos gravoso para o devedor, não se pode perder de vista que o seu objetivo basilar é a satisfação do crédito exequendo, múnus imposto a quem se encarrega do exercício do poder judicante, na efetivação do julgado ou dos títulos a ele assemelhados. O direito do devedor em solver seu débito da maneira menos gravosa não significa inviabilizar, com o que o exonera de responsabilidade, tampouco dificultar a satisfação do crédito exequendo, o que se torna desprestígio ao Poder Judiciário. – Não há que se falar em dano irreparável que importará na descapitalização do executado posto que a norma legal acerca da espécie consubstanciada no art. 655-A do CPC, admite não só a penhora on-line de numerários existentes na conta do devedor, como também permite ao magistrado a possibilidade de determinar a sua indisponibilidade até o valor da execução, como determinado pela decisão primeira.⁷

A “penhora *on-line*” nada mais é do que a penhora de dinheiro que sempre existiu e continua existindo como primeira espécie de bens penhoráveis. Com isso, objetiva combater a falsa idéia de que o sistema vigente, qual seja, o BACENJUD, tenha criado um “novo instituto processual”.

Acesso em 19.11.09.

6 TJRS, 17ª Câm. Civ., AgIn 70015508757, rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 24.08.2006.

7 TJMG, AI n. 1.0024.04.355240-5/001, rel. Des. Domingos Coelho, 12ª C. Cível,

25.08.2007.

Esse entendimento deve ser superado, posto que o BACENJUD consiste numa ferramenta eficiente de forma a proporcionar uma prestação jurisdicional eficaz em sede de direito processual. A diferença reside unicamente na forma como essa penhora é realizada hoje, não mais se utilizando de ofício judicial e intermediação do Oficial de Justiça, passando a ser feita diretamente pelo juiz, por meio eletrônico, através de convênios firmados entre os Tribunais e o Banco Central.

Os referidos convênios consistem em acordos contratuais compostos por cláusulas que regem a operacionalização e a manutenção do sistema da segurança e do sigilo das informações prestadas pelo Banco Central. Ainda compete ao BACEN: “a transmissão dos arquivos consolidados das ordens judiciais aos bancos e o encaminhamento ao Poder Judiciário das respostas enviadas pelas instituições financeiras.”⁸

Sendo assim, não há o que se suscitar acerca da ilegalidade do sistema, visto que se trata apenas de um sistema que permite efetuar a penhora em dinheiro de forma eletrônica, mediante envio de ordens judiciais aos bancos através do sistema criado pelo Banco Central.

A CONTROVÉRSIA ENTRE A PENHORA ON LINE E O SIGILO BANCÁRIO

O instituto da penhora *on line* divide posições divergentes acerca da sua aplicação e de suas conseqüências. Uma delas é se tal prática pelo magistrado consiste em violação de sigilo bancário. Assim, antes de adentrar no mérito da questão controvertida, cumpre conceituar o que consiste o sigilo bancário.

Neste sentido, Covello define o sigilo bancário como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional.” (COVELLO, 2001, p.86)

No Brasil, o sigilo bancário está disposto pela Lei Complementar 105/2001, e consiste em um dever que tem as instituições financeiras de manter resguardados os dados de seus clientes. A eventual quebra desse sigilo só pode ser feita através de autorização judicial e esse pedido deve partir de autoridades competentes, como o Ministério Público e a Polícia Federal.

8 BRASIL. Banco Central do Brasil. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO/> Acesso em 19.11.09.

Com a quebra do sigilo bancário sem autorização da justiça comete-se um crime, que pode cominar de 01 (um) a 04 (quatro) anos de prisão para o infrator. O Código Penal tipifica tal conduta no seu art. 153, §1º-A.

Por ser o sigilo bancário um tema espinhoso em sede doutrinária e jurisprudencial, haja vista que tem por finalidade a proteção de direito personalíssimo, há divergências quanto à sua previsão legal, que ora verifica-se no inciso X, ora no inciso XII, ambos constituintes do art. 5º da Carta Magna, transcritos abaixo para efetiva análise.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, X, dispõe que:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em seu art. 5º, XII, preceitua que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Após leitura dos incisos supracitados, não há que se prosperar divergência quanto ao correto disciplinamento do sigilo bancário, uma vez que é possível identificá-lo em ambos incisos, de sorte que o inciso X abrange o inciso XII, este de caráter mais específico.

Com efeito, sendo o sigilo bancário tutelado pela Carta Magna com *status* de direito fundamental, no seu artigo 5º, contemplando a intimidade e a vida privada, permite a lei a possibilidade de limitação desses direitos, que são constituídos por correspondências e dados, quando tal exercício violar interesse público. Tal prerrogativa reforça a inexistência de liberdades individuais absolutas.

O Supremo Tribunal de Justiça posiciona-se:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE EM FACE DE ORDEM DE JUIZ COMPETENTE. ART. 5º, X, XII E LV, DA CARTA MAGNA. PRECEDENTES.

1. Pacífica a orientação deste Egrégio Tribunal Superior no sentido de que o sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa.⁹ [grifos nossos]

A outra questão que sedimenta a previsão do sigilo bancário em sede constitucional é a palavra “dados”, que geram uma certa impropriedade, pois não se tratam de objeto de comunicação, mas de uma modalidade tecnológica de comunicação.

O legislador acompanhou a evolução da tecnologia e da velocidade das informações e, sabidamente, previu as consequências que o manejo que tais informações poderia repercutir no mundo jurídico em especial ao direito à intimidade e à vida privada. Portanto, não foi em vão a inserção de tal palavra e não é difícil prever que ela está abrangendo a questão do sigilo bancário e a sua devida proteção com as ressalvas já mencionadas.

Assim sendo, identificada a previsão constitucional do sigilo bancário e havendo autorização judicial acompanhada de decisão motivada é plenamente possível a quebra do sigilo para salvaguardar interesse público.

Com tais pontos atinentes ao sigilo bancário esclarecidos, faz-se mister equiparar ao contexto da aplicação da penhora *on line*. Será que tal instituto configura quebra de sigilo? Toda penhora *on line* não configura quebra de sigilo, mas pode ensejar a quebra do sigilo quando a satisfação executiva constituir tutela de interesse público.

Assim sendo, haverá situações que demandarão a quebra do sigilo em atendimento à prestação jurisdicional, que pode perfeitamente ocorrer quando da ponderação de direitos fundamentais, quais sejam a satisfação executiva *versus* direito à intimidade.

[...] tem o juiz o poder e, sobretudo, o dever, de determinar todas as providências necessárias a localizar bens expropriáveis ao devedor. Nessa perspectiva, verifica-se como inteiramente compatível com o

⁹ Resp nº 114741/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 18/12/1998, pág. 00291.

amplo espectro de medidas que compõem o direito fundamental à tutela executiva, a quebra do sigilo bancário e fiscal, mediante ordem judicial, a fim de instruir, em sentido amplo, processo executivo. (GUERRA, 2003, p.158)

Esclarece Sérgio Covello:

No âmbito civil, o interesse do Estado sobrepuja o do indivíduo, porque nesse setor também vigora o interesse público, de dar a cada um o que é seu e, para tanto, é necessário em muitos casos, levantar o manto protetor do sigilo bancário para alcançar tal fim. (COVELLO, 2001, p.87-89)

Para não mais soar dúvidas quanto à legalidade da penhora *on line*, que visa a aplicação da efetividade da execução, e a sua não equiparação à quebra de sigilo bancário, Correa *apud* Neves tece com maestria os seguintes comentários:

Quanto à informação limitada ao valor da execução, a norma legal preocupa-se precipuamente com a questão do sigilo bancário, que apesar de não se tratar de princípio absoluto – aliás, como nenhum – deve ser preservado dentro de certa razoabilidade. Possuindo a execução um determinado valor, não há qualquer interesse em se noticiar no processo judicial a existência de ativos do executado acima desse limite, porque a missão da informação, nesse caso, é tão somente indicar bens que possam ser penhorados e não descrever a situação patrimonial do executado. Essa característica limitante do teor da informação a ser prestada pela instituição financeira afasta qualquer espécie de alegação de violação do sigilo bancário, até porque é natural que na penhora de dinheiro depositado exista a indicação de alguns dados bancários do executado, sendo que isso ocorre sendo a penhora *on-line* ou por ofício. (NEVES, 2007, p.290-291)

A partir do conceito de penhora *on line*, pertinente mencionar algumas ponderações que desmitificarão a falsa impressão de que a aplicação do instituto sempre enseja quebra de sigilo. Trata-se de um instituto processual de indisponibilização de bem fungível do devedor com o fim de satisfazer a pretensão líquida, certa e exigível do credor em processo de execução judicial ou extrajudicial, o qual permite que os magistrados, através de uma solicitação,

bloqueiem, instantaneamente, as contas correntes do executado para que seja garantida a execução em tramitação.

A penhora *on line* é ato privativo do magistrado, representante do Judiciário, cabendo somente a ele competência para tanto através de uso de senha pessoal. Tal procedimento é concretizado por intermédio de um convênio firmado entre a Instituição Financeira e a Justiça, o que confere seriedade na operação ao manter-se resguardados os dados do executado. Essa inviolabilidade consiste em não divulgar qualquer tipo de informação a terceiros totalmente estranhos à relação.

Quando o juiz bloqueia valores disponíveis do executado, não há apuração prévia de saldo em conta corrente e aplicações, muito menos a busca da origem do recurso que ali está. A prova desse desconhecimento é o que caracteriza o objeto das futuras impugnações do devedor ao defender-se da constrição patrimonial ocorrida, quando por exemplo se penhora verbas de natureza salarial.

A penhora *on line* consiste em ato instântaneo do juiz sem prévia varredura de informações de saldo e disponibilidade do devedor ou qualquer tipo de espionagem dos recursos existentes, uma vez que, agindo desta forma, estaria indo de encontro aos preceitos legais do exercício de sua própria função.

O juiz não tem acesso aos dados do executado que continuam resguardados pelas instituições financeiras. O que ocorre é a possibilidade, por intermédio de um convênio, de bloqueio judicial, previamente fundamentado, para cumprimento de exigência executiva.

Em sede de temas polêmicos como este em pauta é que as teses de combate são muito precipitadas, e muitas vezes, sem fundamento plausível. A justiça não poderia fazer uso de arbitrariedades para cumprimento de seus objetivos. Seria um descompasso ao que se prega e uma desconsideração aos seus princípios regentes que sedimentam o uso de estratégias mais drásticas quando a situação demandar.

Da mesma forma que se enaltece a importância da proporcionalidade na aplicação da penhora *on line*, por parte do magistrado, verifica-se também que tal princípio deve estar presente nas teses de combate contra tal instituto, uma vez que tais argumentos podem trazer rumores inadequados aos atos e à imagem da justiça.

O princípio constitucional da efetividade nas execuções, que preconiza que o processo deve dar a quem tenha direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito de obter, consistindo na modalidade de execução específica, tem força jurídica reconhecida como direito fundamental e, portanto, aplicabilidade imediata.

Esse reconhecimento de que as normas asseguradoras de direitos fundamentais são plenamente aplicáveis enseja limites e ponderações, uma vez que o ordenamento é composto por outros direitos fundamentais tão importantes quanto e merecedores de reconhecimento. Sendo assim, havendo conflito de normas de mesma força jurídica, recorrer-se-á à ponderação das mesmas emitindo juízo de valor àquela que se mostre mais importante para a sua prevalência.

Em sede principiológica, convém esclarecer alguns pontos atinentes a regras e a princípios. Estas constituem categorias jurídicas distintas, pois as regras “são normas dotadas de uma estrutura fechada, nas quais uma conduta determinada vem comandada, isto é, qualificada como obrigatória, proibida ou permitida.” (GUERRA, 2003, p.84); ao passo que os princípios jurídicos “consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.” (ÁVILA, 2009, p. 37)

Essa distinção torna-se importante quando se depara com conflito de regras em determinada situação fática, que se intitula de antinomia jurídica, cuja solução se dará com a aplicação de uma delas apenas através de critérios fornecidos pelo próprio sistema. Ao passo que quando se depara com o conflito de princípios, a solução é a compatibilização dos mesmos em desacordo, de forma que mesmo que se privilegie um em detrimento do outro, ambos mantêm-se igualmente válidos, ou seja, não há exclusão de um dos princípios como ocorre no conflito de regras.

Os Tribunais vêm assim decidindo quando em situações de conflitos de princípios na aplicação da penhora *on line*:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA *ON LINE*. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU O DESBLOQUEIO DE VALORES PENHORADOS PELO SISTEMA BACEN-JUD. RISCO À CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA SANTA CASA. SERVIÇO ESSENCIAL. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.¹⁰

Durante essa simplória análise do instituto da penhora *on line* na execuções avocou-se o princípio da proporcionalidade como forma de respeito aos outros direitos que gravitam a relação. Por ser tal instituto uma medida drástica de execução, para fazer valer a sua efetividade há de se vislumbrar outros contornos da relação processual que possam influenciar na adoção ou não de tal medida. Esses contornos implicam na aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas diretrizes.

Infelizmente os princípios como um todo estão sendo utilizados de forma indiscriminada e com vaga clareza conceitual para sustentar as teses jurídicas. Exemplo disso é a questão do princípio da dignidade humana que é de tamanha magnitude e que vem sendo utilizado de forma precária.

Ressalte-se, por oportuno, que não se pretende banalizar o uso dos princípios, mas defendê-los como basilares na sustentação de teses, conquanto que bem empregados, e não subtilizados. O importante ao se aplicar os princípios é saber qual o modo mais seguro de garantir a sua efetividade.

Não tem ocorrido de forma diversa a aplicação descontinuada do princípio da proporcionalidade, que ora se confunde com justa proporção, com dever de razoabilidade, com proibição de excesso, com exigência de ponderação, todos estes conseqüências da correta aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e não sinônimos do princípio em si.

Nesse contexto de imprecisão conceitual é que residem as impropriedades do uso e abuso dos princípios com intuito de favorecer aquilo que não merece ser favorecido por ausência de fundamentação concreta.

10 Agravos N° 70032438509, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/10/2009

É pertinente salientar que os princípios não explicitam apenas valores e, por conseguinte, não podem ser banalizados, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamento mais dignas de serem obedecidas do que aqueles dispostos na letra fria da lei.

Nas lições de Castro, “a idéia de proporcionalidade prende-se à noção geral de bom senso (aplicada ao âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade.” (CASTRO, 2003, p.88)

O doutrinador Humberto Ávila leciona que “o postulado da proporcionalidade cresce no Direito Brasileiro. Cada vez ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público”. (ÁVILA, 2009, p.161)

O princípio da proporcionalidade aplica-se em situações de causalidade, ditadas pelos elementos meio e fim, ou seja, tal princípio pode assim ser definido como “[...] o limite do ônus imposto ao sacrifício de um direito em detrimento de outro dentro do estritamente necessário” (WAMBIER, 2004, p.141)

Desta última definição depreende-se o tripé básico do princípio em referência, a saber: o da adequação, que consiste em verificar se o emprego daquele meio optado promove o fim almejado; o da necessidade, que contempla a verificação dos meios igualmente adequados e disponíveis para aquele objetivo e qual deles se mostra menos restritivo ao direito fundamental em tela; e o da proporcionalidade em sentido estrito, que demonstrará se as vantagens trazidas pela consecução do fim são imperiosas frente às restrições causadas.

Em sede de execuções, mais especificamente na aplicação da penhora *on line*, se verifica a necessidade da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, quando se depara com uma situação de causa e efeito, que no caso seria a utilização do meio executivo penhora *on line* para obtenção da efetividade da execução.

A jurisprudência brasileira vem, constantemente, proferindo decisões com base no princípio da proporcionalidade, a exemplo da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme segue:

EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA “ON-LINE” – POSSIBILIDADE.

– A penhora “on-line” é um sistema inovador utilizado pelo Poder Judiciário, com apoio no art. 655 do CPC, que dá preferência à penhora

em dinheiro, para viabilizar de forma mais célere a garantia da execução, permitindo aos Juízes, através de solicitação eletrônica, bloquearem instantaneamente as contas-correntes do executado. Contudo, a referida medida deverá ser utilizada de forma proporcional e razoável, de maneira que não poderá extrapolar o valor da dívida executada ou, quando se tratar de pessoa jurídica executada, causar instabilidade, dificultando ou impedindo o funcionamento de sua atividade regular. AGRAVO Nº 1.0024.04.224812-0/001 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – AGRAVANTE(S): FAZENDA PÚBLICA MUNICÍPIO BELO HORIZONTE – AGRAVADO (A)(S): M ROSE REPRES LTDA E OUTRO (A)(S), MARCO ANTONIO DE PÁDUA LIMA – RELATOR: EXMO. SR. DES. GERALDO AUGUSTO – DATA DO ACÓRDÃO 30/05/2006. [grifo nosso]

Nesta esteira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem dispondo que:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. CADERNETA DE POUPANÇA. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, INC. X DO CPC. O art. 649, X do CPC considera impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos. Efetivado o bloqueio via BACEN-Jud de valor depositado na caderneta de poupança menor do que dois salários mínimos, determina-se a liberação da penhora. Como consequência da decisão, a penhora restará apenas no tocante à quantia de R\$ 499,69 da conta-corrente, que também deverá ser desbloqueada, visto a importância ser irrisória diante do valor executado de R\$ 86.863,45, atualizado em 04.08.2009. AGRAVO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.¹¹ [grifo nosso]

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA ON LINE. MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS. A penhora on line afigura-se medida excepcional, só cabível quando as diligências na busca de bens penhoráveis

11 Agravado de Instrumento Nº 70032869281, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 23/10/2009.

restaram infrutíferas. RECURSO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.¹²

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA ON LINE. MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS. A penhora on line afigura-se medida excepcional, só cabível quando as diligências na busca de bens penhoráveis restaram infrutíferas. RECURSO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.¹³ [grifo nosso]

Justifica-se a aplicação do referido princípio, em sede de aplicabilidade da penhora *on line*, por sustentar a plausibilidade da medida em cada caso concreto, qual seja a adoção do instituto como meio, destinado a realizar uma finalidade, que, repita-se, é a efetividade da execução. A sua correta e proporcional aplicação impedirá a consequência do excesso quando evidenciado.

A importância da aplicação principiológica nas decisões tem a sua valia quando a letra fria da lei, por si só, mostra-se incompleta. Esse caráter de complementaridade confere grande importância aos princípios norteadores do Direito como forma de se atingir a solução mais justa.

Não é por demais reforçar que o instituto da penhora *on line* é lícito, está na lei, pode e deve ser aplicado. A lei confere licitude ao ato, mas, muitas vezes, o magistrado não goza da capacidade de mediar conflitos, não dispõe de sensibilidade para a análise do caso concreto, envaidece-se com o poder que lhe é constituído, cometendo atos imprudentes e ilícitos com o mau uso do meio executivo, causando sérios problemas às partes e às pessoas a estas vinculadas.

Existe um projeto de lei de autoria do deputado Tadeu Filippelli do PMDB, que tem causado rumores aos defensores da aplicação irrestrita do instituto. Tal projeto limita o uso da penhora *on line* para as micro, pequenas e médias empresas, e de certa forma ratifica a proporcionalidade na adoção da medida.

12 Agravo de Instrumento Nº 70030954697, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 05/11/2009.

13 Agravo de Instrumento Nº 70030954697, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 05/11/2009.

Em matéria extraída do site jusbrasil, datada de 29 de maio de 2009, o presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em atendimento às pressões do judiciário, vetou o referido artigo da Lei nº 11.491, de 2009, que determina que, no caso das micro, pequenas e médias empresas, a penhora *on line* só pode ocorrer após o exaurimento dos outros meios de garantia da dívida em discussão, seja ela fiscal, trabalhista ou cível. A lei é fruto da conversão da Medida Provisória nº 449 de 2008.¹⁴

A proposta do deputado mostra uma tentativa de rever a aplicação do instituto da penhora *on line* em sede de execuções, uma vez que sugere uma adequação do meio empregado com o porte da empresa. Esta proposta é uma reflexão do princípio da proporcionalidade quando decidir aplicar a penhora *on line* para a obtenção da satisfação executiva que constata que as conseqüências da aplicação de tal instituto para uma micro, pequena e média empresa não são as mesmas para uma grande empresa.

Insta salientar que suscitar tratamento diferenciado para empresas de diferentes portes não constitui ato discriminatório, mas sim, tratamento isonômico no cumprimento das execuções.

Neste sentido, verifica-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade mostra-se imperioso para desmitificar a idéia de que o instituto da penhora *on line* consiste em arbitrariedade judicial. O juiz que fizer uso dessa medida judicial nas execuções deve justificar e fundamentar a sua decisão com base na razoabilidade que o princípio demanda uma vez que isto conferirá subsídio e sustentabilidade para aplicabilidade de drástica medida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito torna-se fascinante em função dos assuntos que lhe norteiam não se exaurirem. Isto ocorre porque tal disciplina envolve questões de cunho social, econômico e político, pontos com alto grau de dinamismo e de subjetividade que só fazem enriquecer as pesquisas e os estudos acerca desta ciência.

A proposta deste trabalho não consiste em simplesmente responder uma questão controvertida numa determinada área do processo civil, mas objetiva

14 Disponível <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1133972/lula-veta-limitação-de-uso-da-penhora-on-line>. Acesso em 11/10/2009.

suscitar várias outras questões ligadas direta ou indiretamente ao tema abrindo margem para a interdisciplinaridade jurídica e o imprescindível diálogo entre as fontes em atendimento às possíveis lacunas deixadas.

A pesquisa é fruto de estudos e posicionamentos de estudiosos e de diversos Tribunais do país acerca da aplicabilidade da penhora *on line* com o objetivo de demonstrar que as respostas para os problemas aqui postos não são únicas, mas relativas, conforme o ângulo de análise.

O assunto em questão introduz no mundo jurídico um instituto inovador na resolução dos litígios e alvo de discussões e resistências por transparecer uma falsa idéia de favorecimento para uma das partes, no caso, para o credor. Ocorre que tal posicionamento não pode prosperar, uma vez que a intenção da medida judicial é tutelar a prestação jurisdicional e não beneficiar uma parte em detrimento da outra.

Com a penhora *on line* não se busca a mera satisfação do crédito sem atentar-se a outros critérios importantes para o processo e, por conseguinte, para as partes. É preciso proporcionalidade ao se decidir aplicar tal ato executivo, pois esse instituto jurídico não pode e não deve configurar-se como ferramenta de abuso de poder.

Todo processo judicial tem que ter uma duração razoável em observância ao mandamento constitucional, e tem uma razão de ser: conferir segurança jurídica para o demandante que o seu pedido será apreciado, que desta análise poderá ou não ter seu direito reconhecido, e sendo reconhecido, este direito deverá ser atendido conforme os preceitos legais da execução.

A penhora *on line*, como se verificou, consiste numa medida executiva célere e eficaz para a prestação jurisdicional com forte aplicabilidade no ordenamento jurídico vigente em sede de execuções. Desta forma, havendo mais de um meio executivo apto a proporcionar a satisfação do credor, com vistas à razoável duração do processo, deve ser escolhido aquele meio que proporcione a satisfação mais ágil. Neste sentido, a penhora *on line* triunfa como melhor alternativa quando empregada de forma proporcional ao caso concreto.

Os avanços da informática contribuíram para a implementação do sistema BACENJUD, que passou a conferir uma agilidade considerável à satisfação executiva no que concerne à realização da penhora de dinheiro. Com este sistema, os juízes, através de senhas pessoais, efetivam a constrição dos ativos

monetários dos devedores de forma mais rápida do que em tempos passados, que ocorriam através de ofício judicial e intermediação do Oficial de Justiça.

Essa permissividade do magistrado em ter acesso a esses dados do executado faz soar algumas controvérsias quanto à inviolabilidade da intimidade e do sigilo bancário do devedor que merecem ser respeitados, dentro dos limites legais e da devida proporcionalidade. Ocorre que a plausibilidade dos interesses em tela pode acarretar na necessidade da quebra da intimidade, e, por conseguinte, do sigilo, uma vez que no Estado Democrático de Direito não impera a idéia dos direitos absolutos.

Cumprе salientar que a observância do princípio da proporcionalidade na aplicação da penhora *on line* não se confunde com a obrigação de não fazer. Ou seja, aquele juiz que faz uso de tal instituto para garantir a efetividade da execução e fazer valer a duração razoável do processo, não se mostra desproporcional e não pode ser avaliado e julgado como arbitrário por optar por meio drástico de atendimento jurisdicional. O emprego de tal medida varia de caso para caso e o bom juiz, ao fundamentar suas decisões, comprovará porque adotou tal medida.

A discussão, portanto, não se exaure, uma vez que o instituto ainda sucinta entendimentos contraditórios. Contudo, pode ser mais bem apreciada quando se esclarecer os pontos que lhe circunscrevem, pois, assim sendo, não haverá mais confusões conceituais acerca da sua aplicabilidade plenamente dentro da legalidade. Antes de qualquer menção de arbitrariedade da penhora *on line*, seria imperioso entender a essência da medida e analisá-la à luz dos princípios que lhe norteiam e compreender que a penhora *on line* não motiva a prática de abusos de direito quando perfeitamente adotada.

Por ser uma medida recente no Poder Judiciário, não dispensa rumores e indignações, principalmente, quando utilizado de forma imatura e contrária aos ditames do Direito. Tal medida tem um compromisso com a celeridade e economicidade processuais e com o cidadão que tem direito ao atendimento jurisdicional de qualidade.

A adoção da penhora *on line* nas decisões judiciais ainda precisa alcançar a sua unanimidade no cumprimento das sentenças, pois, de fato, consiste numa medida eficaz. No entanto, isso requer tempo, pois ainda se vislumbra o emprego do instituto de forma irresponsável. Sendo assim, essa

unanimidade não deve ser confundida com descontinuidade infundada em resposta aos anseios de cumprimento ou de mero reflexo de abuso de poder. O que diferenciará uma decisão da outra, quanto à utilização ou não do instituto, para a prestação jurisdicional eficaz, será a aplicação do princípio da proporcionalidade que remeterá aos sub-conceitos da necessidade e da adequação da penhora *on line* para a tutela executiva.

REFERÊNCIAS

ARAKEN, Assis. **Manual da Execução**. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COVELLO, Sérgio. **O sigilo bancário**. 2 ed. São Paulo: Leud, 2001.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Podivm, 2009. 5 v.

Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/BCJUDINTRO>. Acesso em 15/11/2009.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1133972/lula-veta-limitação-de-uso-da-penhora-on-line>. Acesso em 11/10/2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2008. 3 v.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2004. 2 v.