

Ponderação de interesses na Execução Fiscal

RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA *

I. A CRISE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. II. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO. 2.1. DOIS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS À EXECUÇÃO CIVIL MODERNA. 2.2. O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO NO INTERESSE DO CREDOR E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. 2.3. A SISTEMÁTICA LEGAL VIGENTE. OS ARTIGOS 655 E 656 DO CPC. O ARTIGO 11 DA LEF. CONFIRMAÇÃO NORMATIVA DA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS. 2.4. O ÔNUS DA ESCOLHA DO MEIO MENOS GRAVOSO. 2.5. A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DOS VALORES EM JOGO. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MEIO MENOS GRAVOSO AO DEVEDOR. III. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

I. A CRISE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A história do direito processual é recente. Sua autonomia doutrinária remonta ao século XIX, a partir de quando progrediu notavelmente, em paralelo à sedimentação do Estado de Direito.

Os desdobramentos pós-medievais do conceito de soberania e a influência das visões de igualdade e de justiça trazidas pelo iluminismo liberal,¹ restringiram progressivamente, nos ordenamentos jurídicos em forma-

* *Procurador do Município do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Público pela UERJ e Advogado.*

1 *Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 48: "Somente com a ênfase emprestada aos fins sociais do processo civil, verificada na passagem do século XIX para o século XX, altera-se de modo decisivo*

ção, as possibilidades de julgamento dos litígios sem o uso do aparelho e das formalidades estatais, desautorizando a “coisa julgada” oriunda de tribunais e cortes privadas.²

A saga sistematizadora sem dúvida proporcionou grande estofo doutrinário e normativo ao direito processual. Contudo, a exacerbação do rigorismo científico em nome da autonomia teórica, sob forte influência positivista, acabou paradoxalmente afastando o processo do objetivo máximo que lhe cumpria colimar, frustrando a desejada eficácia prática da prestação jurisdicional.³

A plenitude dos ritos, o fracionamento da prestação jurisdicional,⁴ a abundância de recursos judiciais e a escassez de instrumentos de tutela específica avultaram como as principais causas da grave crise que se instalou, manifestando atualmente os seus mais duros efeitos.

Neste contexto, o instrumento judicial que mais sofreu os efeitos reversos dessa sistemática foi, inegavelmente, o processo de execução.

o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual, e começam a aparecer os primeiros reflexos concretos de novos estudos propugnando a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a idéia de soberania estatal”

- 2 Neste sentido, a lição de Giuseppe Chiovenda: “O Estado moderno, por consequência, considera como função essencial própria a administração da Justiça; é **exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto**, poder que se diz ‘jurisdicção’; e a que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais)”. (Grifos nossos.) In: Instituições de direito processual civil, vol. 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 58.
- 3 Confira-se a lição de Ovídio A. Baptista da Silva. In: Curso de processo civil, vol. I, Porto Alegre: SAFe., 1991. p. 95: “Todo o movimento doutrinário que sustentou o próprio estabelecimento do Direito Processual Civil como um ramo autônomo da ciência jurídica, a partir justamente do conceito de ‘ação’ processual, estava inserido no amplo contexto histórico do liberalismo capitalista do século XIX europeu a serviço de suas proposições teóricas fundamentais. Estes ideais, no campo do direito processual, refletiam-se na exigência de que a jurisdição fosse confiada a juízes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a mera aplicação do direito legislado. Eis a razão de ser do denominado ‘processo de conhecimento’, com suas três espécies de sentenças, através das quais o magistrado simplesmente julga, diz o direito, realizando uma atividade puramente lógica: e nada executa, no plano da realidade social”.
- 4 Sobretudo aqueles necessários à plena satisfação dos direitos subjetivos a uma prestação, ou seja, dos direitos de crédito, que em certos casos envolvem três processos distintos: conhecimento-condenação, liquidação e execução — todos com amplo contraditório.

Em sua concepção, a tutela executiva deveria conferir rapidamente o bem da vida almejado pelo credor, tão logo certificado pelo ato da autoridade (sentença) ou pelo próprio ordenamento (título executivo extrajudicial), a titularidade do direito pretendido e demandado.⁵ Entretanto, o credor se queda sujeito à amplitude dos procedimentos antecedentes, incidentais e concomitantes à ação executiva, que retardam irrazoavelmente sua consumação.⁶

Agrega-se aos incontáveis meandros procedimentais existentes uma certa timidez da magistratura em exercer o poder de impulso oficial, até mesmo no âmbito da execução fiscal.⁷

A repercussão social da ineficácia concreta dos instrumentos processuais postos à disposição do credor tem sido nefasta no Brasil, com efeitos sobre o âmbito público e o privado.

A Fazenda Pública, como um todo, tem suas dificuldades financeiro-orçamentárias agravadas pela inadimplência e pela sonegação contumaz, garantidas, em última instância, por manobras e artimanhas processuais.

O setor privado sofre também com tais efeitos, aumentando os riscos dos empreendimentos e o número de falências; incentivando, no âmbito do setor financeiro, o fechamento das linhas de crédito e a prática de juros elevados.⁸

5 *Anote-se, aqui, o entendimento de que a tutela executiva se insere na noção de jurisdição, valendo citar a seguinte passagem de Araken de Assis, na qual o autor vai além: “Toda demanda exige cognição do órgão jurisdicional. Ele conhecerá do próprio processo, em primeiro lugar, e também do thema decidendum trazido pelo demandante, ainda quando se limite a emitir comando transitório e emergencial (função cautelar), ou a atuar o comando definitivo (função executiva)”. In: Manual do processo de execução, São Paulo: RT, 1995, p. 64.*

6 *Vale lembrar a assertiva de Elicio Cresci Sobrinho, em sua obra Dever de veracidade das partes no processo civil, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, onde afirma que: “(...) a execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados”.*

7 *Neste sentido, o art. 7.º da Lei 6.830/80, que consagra expressamente o impulso oficial no rito da Execução Fiscal.*

8 *É de se notar algumas inovações legislativas tendentes a reduzir tal ineficácia, dentre as quais se inclui a nova redação do artigo 461, e de seu parágrafo 5.º, do Código de Processo Civil, bem como a do artigo 84 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que instituem a possibilidade de adoção na condenação judicial, de providências de cunho mandamental que possam evitar a necessária propositura de execução da sentença.*

Para o tema aqui versado importam as questões peculiares ao crédito público, mas não se poderia deixar de lembrar a amplitude do problema e seus efeitos colaterais generalizados em diversos setores da sociedade.⁹

II. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO

2.1. DOIS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS À EXECUÇÃO CIVIL MODERNA

Diante desse quadro brevemente alinhado, aparece em destaque uma questão principiológica fundamental ao tema do processo de execução, cuja compreensão delimita sensivelmente as possibilidades atuais de sua eficácia.

Trata-se da inversão normativa (e axiológica), adotada por parte da doutrina e da jurisprudência, de dois princípios que regem esta espécie processual, quais sejam: 1 — o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor; e 2 — o princípio de que a execução deve ser realizada pelo meio menos gravoso ao devedor, quando houver outros meios possíveis para a sua concretização.

Os dois princípios têm assento objetivo em nosso ordenamento processual, conforme enunciados pelos artigos 612 e 620 do Código de Processo Civil:

*Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), **realiza-se a execução no interesse do credor**, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. (Grifos nossos.)*

*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**. (Grifos nossos.)*

⁹ Isto não significa desprezar as variantes de ordem social e econômica que exercem influência, quiçá decisiva, na fixação deste comportamento captado na realidade brasileira, resultando na prática da sonegação ou na simples inadimplência. Entretanto, esta abordagem refoge, por sua amplitude, ao campo aqui enfocado.

O destaque e o cotejo desses princípios se revela importante, uma vez que diversos julgados têm recorrido isoladamente ao “modo menos gravoso ao devedor” para fundamentar toda a sorte de obstáculos à ação do credor, sobretudo contra as medidas constritivas que marcam o início da execução forçada (penhora), dificultando as possibilidades de satisfação futura do crédito exequiêdo.

Apesar de existir uma inegável tensão entre os princípios em comento, a que se deveria acrescentar as prerrogativas da Fazenda Pública no âmbito da execução fiscal, alguns julgados têm adotado a posição acima exemplificada, não cogitando sobre o conflito normativo.

Neste sentido, vale citar como paradigma o seguinte aresto prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL 117076/PR (1997/0001064-3)

DJ: DATA:27/04/2000

Relator(a) Min. NANCY ANDRIGHI

RECTE : FAZENDA NACIONAL

RECDO : SOCIEDADE ALIANCA DE BEBIDAS LTDA.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. LEI N.º 6.830/80. IMPOSSIBILIDADE. MAIORES PREJUÍZOS AO DEVEDOR. ART. 620 DO CPC.

- A jurisprudência desta Egrégia Corte não admite a penhora sobre o faturamento da empresa.

- Recurso Especial a que se nega seguimento, com fulcro no art. 557 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 9.756/98.

Decisão:

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal.

A Insurgência Especial se dá contra acórdão, assim ementado:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. FATURAMENTO. LEI N.º 6.830/80, ART. 11. Embora não prevista no art. 11 da Lei n.º 6.830/80, não há

vedação em lei para a penhora do faturamento da empresa, mas esta deverá ficar reservada à hipótese de inexistência de outros bens.”

Insurge-se contra a decisão que indeferiu a penhora sobre o faturamento da empresa (receita bruta) até o limite dos valores devidos à Recorrente.

Alega-se, nas razões recursais, o dissídio jurisprudencial, além de violação aos arts. 10, 11 e 15, da Lei n.º 6.830/80, pelo acórdão hostilizado.

Inicialmente, entendeu-se nesta Corte que a penhora sobre o rendimento da empresa fosse possível, mas, depois, as Turmas e a própria Seção de Direito Público mudaram a orientação e não permitem mais a penhora do rendimento da empresa.

Com efeito, o art. 620 do Código de Processo Civil preceitua que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. In casu, a penhora sobre o faturamento bruto da empresa representa penhorar a própria empresa, o que lhe ocasionará, incontestavelmente, maiores prejuízos, que impossibilitariam, ainda mais, a quitação do débito fiscal.

Pelo exposto, e com fundamento no art. 557, do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei n.º 9.756/98, nego seguimento ao recurso.

2.2. O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO NO INTERESSE DO CREDOR E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES.

Pode-se já aqui adiantar que esse feito interpretativo conferido à sistemática do processo de execução, em favor da aplicação unilateral e preeminente da noção de menor gravosidade, exacerba a “proteção do executado-devedor” e relega a segundo plano o interesse do credor, contrariando o sentido ontológico e a própria instrumentalidade da ação executiva, estruturada para a satisfação do crédito.

Como se pretende demonstrar, estas e outras questões correlatas exigem que se perquiria com detença a existência do conflito normativo e axiológico entre os princípios destacados.

Advirta-se, neste passo, que, em matéria de **princípios jurídicos**, deve-se ter em mente os conceitos trazidos pelas escolas doutrinárias contemporâneas que ressaltam a diferença dos critérios para sua interpretação e aplicação, em relação àqueles destinados às **regras jurídicas**, os quais se valem do método silogístico e dos critérios definidores de antinomias próprias a esta espécie normativa, quais sejam: hierarquia, especialidade e temporalidade. Estes métodos das regras jurídicas não comportam a interpretação fundada em princípios, que exige uma ponderação dos valores emanados das normas de carácter principiológico.¹⁰

Sob esta ótica, portanto, é que se investigará o tema.

Em primeiro plano, pode-se afirmar que o princípio de realização da execução no interesse do credor tem espectro mais abrangente que o da menor gravosidade dos meios, já que se espraia por todo o rito processual, norteando cada uma de suas fases e almejando a satisfação final do crédito; enquanto o último se restringe à matéria dos meios executórios.

Assim, pode-se dizer que os campos normativos dos princípios em jogo se apresentam como círculos, em que o primeiro, mais abrangente, contém o segundo.

10 *Confira-se a lição do professor de Oxford Ronald Dworkin: “La diferencia entre principios jurídicos y normas (reglas) jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los derechos que estipula están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (...) Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta a las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. In: Los derechos en serio, “Taking Rights Seriously”, Barcelona: Ariel, 1995. p. 75-77. Confira-se, entre nós, a obra de Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 45: “Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma ponderação entre os princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento de outro”.*

Entretanto, importa saber, no âmbito de confluência normativa de ambos os princípios, qual deles assume preeminência ou, caso contrário, em que hipóteses um deles prevalece ou afasta parcialmente a aplicação do outro.

Como o princípio expresso pelo artigo 620 do CPC restringe-se aos **meios executórios**, isto é, aos instrumentos utilizados para realizar a execução forçada, não será outro o plano dos possíveis conflitos.

Dois aspectos processuais destacam-se, neste passo, em razão da ordem procedimental estabelecida para o rito da execução. Ambos dizem respeito à faculdade conferida ao executado para, após a citação, indicar bens à penhora, bem como aos efeitos que o seu (não) exercício pode gerar. O primeiro aspecto relaciona-se à qualidade do bem oferecido à penhora. O segundo refere-se ao ônus de demonstrar a existência de meio menos gravoso.

Quanto à qualidade do bem, este aspecto tem como parâmetro legal imediato a ordem de nomeação elegida abstratamente pela lei.¹¹ Parece claro, porém, que a simples nomeação de bem hipoteticamente previsto na lista não é suficiente, por si só, para presumir-se garantido o juízo da execução. É pressuposto que o bem seja ao menos equivalente ou mais valioso que o crédito exequendo; e mais, deverá permitir sua alienação ou apropriação¹² pelo credor com razoável celeridade, como se depreende da lógica gradativa estabelecida pela lei. Do contrário, a pretensão do credor estaria prejudicada pela insuficiência ou pela lentidão injustificável da venda judicial, frustrando o escopo fundamental da tutela executiva.

Verifica-se, neste passo processual, a primeira possibilidade de colisão entre os princípios, pois, de um lado, a lei estatui uma ordem prioritária, cujo descumprimento pelo executado importa na invalidade da nomeação, manifestando o princípio que protege o interesse do credor; e, de outro, exsurge o interesse do devedor em ver realizada a execução da maneira menos gravosa.

Em que medida se deve resolver o conflito entre os princípios em jogo, diante de um caso concreto em que o executado oferece, por exemplo, um bem móvel?

No caso de um bem móvel, há se perquirir porque o executado não apresenta dinheiro ou, v.g., títulos cotados em bolsa, cuja expropriação futura é, sem dúvida, mais célere que a dos procedimentos de leilão de bens imóveis.

Neste sentido, impende afirmar que a efetividade da tutela executiva não se atinge pela mera obtenção de bem cuja avaliação equivalha à expressão mo-

¹¹ No CPC, em seu artigo 655; na Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 11.

¹² No caso da adjudicação ou conversão em renda (na hipótese de depósito de dinheiro em execução fiscal).

netária do crédito exequindo. Ela exige também a melhor celeridade possível.

A lógica que emana das normas processuais e do próprio sentido da tutela executiva — enquanto instrumento do direito de crédito — faz concluir pela prevalência do interesse do credor sobre o princípio da menor gravosidade dos meios, de modo que apenas depois de alcançado o nível ótimo de garantia da execução é que se poderá cogitar da aplicação do princípio de eleição do meio menos gravoso.

Portanto, apenas diante de alternativas que garantam a satisfação do crédito ou do credor de maneira integral e célere é que se poderá admitir a opção do devedor quanto aos bens a serem constritos pela penhora.

Afastese, ainda neste passo, a presunção implícita em alguns julgados de que a gravosidade da execução apresenta-se, necessariamente, na ordem inversa do elenco legal. Isto é, a idéia de que quanto menos preferencial for a espécie de garantia, menos gravosa é a mesma para o executado

Tal ilação é facilmente refutável, uma vez que o elenco legal¹³ foi concebido sob a égide do interesse do credor¹⁴ e não em razão da maior ou menor gravosidade do meio executório pela ótica do devedor.

13 Lei n.º 6.830, de 1980, art. 11: “A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

- I) dinheiro;
- II) título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III) pedras e metais preciosos;
- IV) imóveis;
- V) navios e aeronaves;
- VI) veículos;
- VII) móveis ou semoventes; e
- VIII) direitos e ações”.

CPC, Art. 655: “Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:

- I) dinheiro;
- II) pedras e metais preciosos;
- III) títulos da dívida pública da União ou dos Estados;
- IV) títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- V) móveis;
- VI) veículos;
- VII) semoventes;
- VIII) imóveis;
- IX) navios e aeronaves;
- X) direitos e ações”.

14 Interesse esse qualificado pela velocidade na satisfação do crédito, como afirma Araken de Assis, op. cit. p. 436: “A gradação segue o critério da simplicidade na conversão do bem, e, por isto mesmo, coloca em primeiro lugar (inc. I) o próprio objeto da prestação que a dispensa: o dinheiro”.

A afirmativa anterior é confirmada pela constatação, na prática, de diversas hipóteses em que a constrição e a expropriação de bem cuja classificação esteja acima de outro no elenco legal representa ônus menor para o devedor. Dê-se, como exemplo, a penhora de títulos com cotação pública oficial, no qual o devedor evita despesas com editais de leilão, com a comissão de leiloeiro ou mesmo com a guarda adequada dos bens.

Em matéria de qualidade do bem objeto da penhora e de seu futuro desapossamento, revela-se injustificável a invocação da ordem inversa do elenco legal para instruir a defesa e a desoneração do executado, de modo a sustentar a aplicação do princípio do meio menos gravoso. A ordem inversa não possui nenhuma relação com a menor onerosidade para o devedor, mas apenas com um menor interesse do credor. Neste ponto, as pretensões não são diametralmente opostas.

Esta argumentação equivocada, que admite a indicação de bens desvaliosos ou de difícil venda em nome da proteção dos direitos do devedor, apenas dificulta a conclusão do processo executivo, prejudicando o credor, tornando-se conhecida manobra processual para desanimar o exequente e frustrar a prestação jurisdicional definitiva.

2.3. A SISTEMÁTICA LEGAL VIGENTE. OS ARTIGOS 655 E 656 DO CPC. O ARTIGO 11 DA LEF. CONFIRMAÇÃO NORMATIVA DA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS.

As regras contidas no artigo 11 e seguintes da Lei de Execuções Fiscais, à semelhança daquelas descritas nos artigos 655 e 656 do Código de Processo Civil, confirmam na sistemática legal dos meios executórios que o interesse do credor prevalece sobre o princípio da menor onerosidade do devedor, sempre que a qualidade do bem não permita a íntegra e célere satisfação. Neste sentido, tais dispositivos determinam a invalidade da nomeação de bens (à penhora) pelo devedor caso:

- a) descumpra a ordem indicada pelo elenco legal — quando dispuer de bens outros situados em posição superior;
- b) apresente bens de difícil excussão;
- c) os bens não sejam suficientes ou próprios à satisfação do credor;
- d) não apresente elementos que permitam a correta individualização dos bens; ou

e) retardem a extremação da execução forçada.

Portanto, só se terá como válida a nomeação de bens pelo devedor se os mesmos se apresentarem como de fácil e rápido desapossamento, dentre os bens disponíveis no patrimônio do devedor, não podendo o mesmo escolher o que mais dificultará a conclusão do processo, omitindo outros que a facilitem e melhor satisfaçam o credor.¹⁵

Isto traz como conseqüência o poder-dever do próprio juízo da execução de controlar *ex officio* o bem oferecido à penhora quando este:

- a) se apresentar com valor flagrantemente inferior ao crédito executado;
- b) for de rápida depreciação ou deterioração; ou
- c) quando for de difícil alienação futura.

Entretanto, há quem insista na idéia de que o executado tem o **direito potestativo** de indicar o bem que mais lhe convier, desautorizando o controle da nomeação e da qualidade do bem *per si*, em face do interesse do credor.

Esta atitude tem favorecido a conduta sonegadora do executado, razão pela qual o mesmo ordinariamente se esquivava da constrição judicial, ocultando-se ou apresentando bens desvaliosos ou de difícil excussão.

A rigor, a ampla faculdade conferida ao devedor (art. 652 do CPC) consiste na opção de nomear, ou não, bens à penhora. Uma vez decidindo nomeá-los, deve fazê-lo à luz do princípio e das regras que asseguram o interesse do credor, ficando restrito o seu campo à escolha de bens integrantes da mesma classe da lista legal (v.g. mais de um tipo de título com cotação em bolsa e nível semelhante de liquidez).

No plano da execução fiscal, regulada pela Lei n.º 6.830, de 1980 — LEF, a inversão dos princípios em análise malferem outros dispositivos que se sobrepõem à disciplina existente na lei processual comum (artigos 655 e 656 referidos), conferindo à execução forçada um caráter peculiar, em face das prerrogativas decorrentes do interesse público, consubstanciado na importância do crédito fiscal para o estado e para a coletividade.

15 Cf. ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 437: “Deverá o executado escolher os bens, em seu patrimônio disponível e penhorável, nomeando-os na ordem apontada, por exclusão da classe imediatamente superior. Em outras palavras, só é lícito ao obrigado nomear imóveis se não tiver dinheiro”.

Além da regra impositiva do artigo 11 da LEF, que determina ao devedor a obediência à ordem nele estabelecida, outra regra remarca a posição preeminente do credor fiscal, contida no inciso II do artigo 15 da LEF,¹⁶ valendo citá-la:

Lei de Execuções Fiscais (6.830/80)

Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferido pelo juiz:

(...)

II – à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

(...)

As regras analisadas ratificam a perspectiva até aqui defendida, demonstrando ser essencial que a constrição da penhora recaia sempre sobre bens do devedor que permitam a satisfação célere e integral do crédito exequendo.

Não se trata necessariamente de apenas um único bem. Podem ser vários os bens que atendam aos requisitos indispensáveis à realização satisfatória da execução. Exige-se, apenas, que estes permitam um desapossamento em prazo semelhante e razoável visando à integral satisfação do credor.

Portanto, diante das regras legais da execução civil e, sobretudo, da execução fiscal, pode-se afirmar que o princípio do meio menos gravoso não pode servir, *tout court*, como argumento para obrigar o credor a aceitar bem indicado pelo devedor em detrimento de outro que iria satisfazê-lo de modo integral e de maneira mais célere.

2.4. O ÔNUS DA ESCOLHA DO MEIO MENOS GRAVOSO

Ultrapassada a análise das situações de prevalência do interesse do credor sobre o do devedor no **balizamento da escolha** dos bens sujeitos à penhora, exsurge um segundo aspecto no qual a questão se desdobra.

¹⁶ A qual se aplica também ao § 1.º do art. 11 da LEF, que diz: “Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como plantações ou edifícios em construção”, uma vez confirmada no caso concreto a melhor satisfação (mais rápida e integral) do crédito por meio da penhora de estabelecimento.

Trata-se de definir a quem cabe o ônus de demonstrar os meios menos gravosos.

Sob a égide das normas que atualmente regem a execução fiscal, e também a execução civil, alguns julgados têm afirmado o direito do executado à livre nomeação de bens, transferindo ao credor o ônus de apontar a existência no patrimônio do executado de outros meios menos gravosos a ele, o que não parece ser exatamente a solução legal.

Isto porque o encadeamento dos atos processuais enseja, em primeiro plano, a faculdade de oferecimento de bens pelo executado. Porém, ao nomear bens, deve o executado demonstrar não só a qualidade do bem oferecido como **garantia** da execução, mas também as razões pela quais deixa eventualmente de atender à ordem legal.¹⁷

Além disso, impor ao exeqüente o ônus de perscrutar todo o patrimônio do executado para demonstrar qual meio lhe seria menos gravoso, resulta comumente na inviabilidade da execução forçada, com conseqüências ainda mais danosas aos credores, sobretudo àqueles que administram um número elevado de inadimplentes.

Tal transferência se afigura irrazoável, como frisou o mestre José Carlos Barbosa Moreira:

Nomeando bens ao próprio oficial de justiça incumbido da diligência, ou em petição dirigida ao juízo da execução, não está o exeqüente, em regra, adstrito à ordem prevista no art. 655. O dispositivo só alude à nomeação pelo devedor, ademais, não é razoável exigir-se do credor um conhecimento preciso e pormenorizado do patrimônio do devedor, que o habilitasse a observar escrupulosamente aquela gradação.¹⁸ (Grifos nossos.)

A *contrario sensu*, portanto, quando o devedor nomear bem à penhora diverso de dinheiro, isto é, bem que esteja abaixo do primeiro item do elenco legal (art. 11 da LEF), deve demonstrar os fatos que o impedem de garantir

17 A exigibilidade de tal conduta, no momento da oferta ou em face de manifestação contrária do juízo ou da Fazenda Pública diante dos bens apresentados, funda-se também no **dever de lealdade processual do executado**.

18 O novo processo civil brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 281.

integralmente a execução com um depósito em espécie, ainda que em parcelas futuras (v.g., penhora de dinheiro decorrente do faturamento).

O devedor não pode, simplesmente, sonegar bens à execução. Tendo nomeado bens móveis, por exemplo, deve afirmar que não possui dinheiro disponível ou futuro, comprovando com balanços ou planilhas a sua situação financeira, bem como asseverar que não possui bens outros acima daquele que nomeou, como, v.g., títulos com cotação em bolsa.

Exemplo desta necessidade se extrai com maior vigor da sistemática da execução civil, pois, sem tais demonstrações mínimas, a cargo do executado, não teria o credor condições de, no prazo de cinco dias (art. 656, *caput*, do CPC), impugnar a nomeação.

Não obstante, nas hipóteses em que o prazo legal para nomeação transcorre *in albis*, sem que o executado nomeie bens, fica a Fazenda Pública livre para escolher o meio executório que mais lhe convier.

A faculdade conferida pela lei ao devedor não é apenas uma possibilidade de opção. É mais do que isto, pois se trata de um ônus processual, cujos efeitos do não-exercício derivam dos artigos 10 e 15, II, da LEF. Neste sentido, confira-se a lição de José Carlos Barbosa Moreira, em comentário à hipótese análoga na execução civil:

*O direito de nomear transfere-se, de pleno direito, para o exeqüente, não apenas na última hipótese referida — a única de que expressamente cogita o texto legal (art. 657, caput, fine) —, mas em todas elas.*¹⁹

Feita a escolha pelo credor, não tem mais cabida insurgir-se o executado contra a penhora ou contra o eventual desapossamento futuro do bem, sob pena da execução se sujeitar a contramarcha que sobresta o fim do processo.

Destarte, pode-se afirmar aqui que o princípio do meio menos gravoso não retira o dever do executado de, ao nomear determinado bem que não seja dinheiro (o primeiro da ordem legal), justificar de maneira circunstanciada por que assim o faz.

O princípio do meio menos gravoso, outrossim, não afasta as consequências da falta de nomeação de bens, uma vez que se trata de ônus processual. Deixando o executado de exercê-lo, deve sujeitar-se à livre esco-

¹⁹ Op. cit. p. 280.

lha do credor, permitindo o prosseguimento da execução sem novas discussões acerca da gravosidade do meio e do bem escolhido.

Portanto, o peso do interesse do credor deve sempre prevalecer sobre o princípio do meio menos gravoso quando o devedor não justifica a nomeação diversa de dinheiro ou quando, simplesmente, deixa de nomear bem no prazo legal.

2.5. A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DOS VALORES EM JOGO. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MEIO MENOS GRAVOSO AO DEVEDOR.

Nos aspectos analisados afirmou-se a solução do conflito entre os princípios em favor do interesse do credor quanto:

- a) ao controle da qualidade do bem oferecido à penhora, à luz da efetividade da tutela executiva;
- b) ao ônus de apontar o meio menos gravoso, dentre aqueles que assegurem a satisfação integral e célere referida.

Quando, então, teria aplicação o princípio da menor gravosidade dos meios?

Como afirmado pela doutrina, o princípio da menor gravosidade da execução se destina a coibir caprichos e exageros do credor no manejo da ação executiva. Tem por escopo evitar que o meio executório signifique sanção maior do que aquela necessária à satisfação do crédito, evitando que se transforme o processo em veículo de punição e vingança.

Isto, porém, jamais deveria ser confundido com a possibilidade do executado dificultar o deslinde ágil e pleno da ação executiva.

A par das considerações genéricas lançadas a partir dos princípios da execução estatuídos pela normativa do Código de Processo Civil, a disciplina especial da Lei de Execuções Fiscais reforça, com vigor, a necessidade de atendimento ao interesse do credor no que tange à garantia da execução pela penhora, de maneira que a satisfação futura do crédito se realize com celeridade e plenitude.

Neste âmbito de realização da garantia pela constrição judicial, o interesse do credor jamais deveria ser suplantado por necessidades outras funda-

das nas dificuldades do executado-inadimplente, mormente em relação aos dois aspectos ressaltados: a qualidade do bem e o ônus processual.

Destarte, a menor gravosidade dos meios só pode ser invocada pelo devedor após ultrapassada esta condição fundamental ínsita à instrumentalidade e à efetividade do processo de execução.

III. CONCLUSÃO

A correta inteligência dos princípios que regem a execução, mediante o entendimento de suas tensões dinâmicas e da solução concreta de seus conflitos, pode representar uma nova possibilidade para tornar este instrumento um pouco mais efetivo do que tem sido na prática judicial brasileira.

Ao contrário do que se tem afirmado em diversos julgados, a norma que assegura ao devedor a menor gravosidade dos meios não tem aplicação incontestável, na medida em que se trata de um princípio jurídico processual a ser ponderado, sempre, em face do interesse do credor.

Assim como o interesse do credor não deve impor punição ao devedor pela excessiva e injustificável onerosidade na execução forçada e no desapossamento judicial, do mesmo modo o devedor não está autorizado a infligir maior dificuldade ao credor para receber um crédito cancelado pelo ato de autoridade como devido.

A lei processual vigente não apenas proíbe que a escolha dos meios executórios represente a oportunidade para chicanas e artimanhas do devedor, rejeitando a indicação de bens desvaliosos, de difícil excussão futura, ou que simplesmente não possam ser com razoável celeridade transformados em pecúnia. Ela vai além. Protege o interesse do exequente para que o executado não possa sonegar dinheiro (presente ou futuro) ou bens outros cuja transformação em pecúnia seja sensivelmente mais célere e melhor satisfaça o credor.

O princípio e as regras processuais que protegem o interesse do exequente exigem que a oferta de bem à penhora pelo devedor, pertencente a classe diversa da primeira (dinheiro), seja cabalmente justificada, assegurando a possibilidade de investigação comparativa de outros bens integrantes do patrimônio pelo juiz e pelo exequente, à luz da efetividade da execução.

A ponderação do princípio do interesse do credor com o princípio da menor gravosidade dos meios executórios para o devedor se aplica a essas hipóteses. Sua dimensão de peso deve prevalecer sempre que o bem em jogo

acarretar significativo retardo na execução, se comparado a outros disponíveis no patrimônio do executado, sobretudo em matéria de execução fiscal, por força do que dispõe o art. 15 da Lei n.º 6.830, de 1980 — LEF.

Por outro lado, ainda nessas mesmas hipóteses, a dimensão do interesse do credor não pode ser sobrepujada pelas dificuldades pelas quais o devedor passa.

Afinal, o rito da execução contra devedor solvente não comporta os benefícios da recuperação patrimonial do executado, por meio da concessão de prazos (alongamento do processo) ou da permissão de indicação de bens de menor liquidez. Essas benesses legais estão reservadas ao devedor insolvente e restritas aos processos de concordata e de insolvência civil, impassíveis de serem invocadas em sede de processo de execução fiscal.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, São Paulo: Editora RT, 1995.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, vol. I, Porto Alegre: SAFE., 1991.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (“Taking Rights Seriously”), Barcelona: Ariel, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.
- SOBRINHO, Elicio Cresci. *Dever de veracidade das partes no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.