Agravo de Instrumento n. 4007894-86.2018.8.24.0000, de Fraiburgo
Relator: Desembargador Luiz Zanelato

AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGO 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015). AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ARRESTO DE DINHEIRO ANTES DA CITAÇÃO DOS EXECUTADOS. RECURSO DO EXEQUENTE INSISTINDO NO ARRESTO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRIÇÃO JUDICIAL QUE PRESSUPÕE, EM REGRA, A FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO (ARTIGOS 827 e 829 DO CPC). PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DECISÃO MANTIDA.

A penhora e a expropriação de bens não podem ser realizadas antes da citação do executado. Trata-se da observância do princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, cujo teor dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4007894-86.2018.8.24.0000, da comarca de Fraiburgo 1ª Vara em que é Agravante Banco do Brasil S/A e Agravados Bela Vista Comercio de Alimentos e Transportes Ltda Me e outros.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 13 de setembro de 2018.

Desembargador Luiz Zanelato
Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A interpôs agravo de instrumento de decisão interlocutória de fls. 331-332 do SAJPG, proferida nos autos da ação de execução de título extrajudicial n. 0301015-54.2016.8.24.0024, movida em face de Bela Vista Comércio de Alimentos e Transportes Ltda Me e outros, em curso no Juízo da 1ª Vara da comarca de Fraiburgo, que indeferiu o pedido de arresto de valores, nestes termos:

Indefiro o pedido de fls. 164-165, pois a parte executada ainda não foi citada (fl. 108). Há que se ponderar que a execução tem o fim precípua de levar a termo atos expropriatórios. A Constituição da República prevê, em seu art. 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Em tal situação, a Lei Maior, no mínimo, estabelece que ao devedor é dada a prerrogativa inderrogável de ter, pelo menos, ciência de que está sendo executado. Ora, o arresto encontra fundamento no art. 830 do CPC, que prevê que "O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução". Ou seja, resta nítido que o propósito é um asseguramento dos bens para execução, mas, diante da ausência do devedor, isso, por si, não acarreta ato severo de constrição do patrimônio. Não se priva, de forma imediata, a disposição dos bens, justamente porque o devedor pode vir a ser localizado, a despeito de não ter sido "encontrado" no momento. Na contramão desta orientação, a utilização do BACENJUD antes da citação restringe, de forma imediata e direta, a disposição do dinheiro. Isto é, na verdade, não há arresto, mas sim penhora do valor bloqueado, com o depósito em mãos do Judiciário. Existe, portanto, ato firme de constrição patrimonial sem sequer a parte executada ter ciência do processo. Quero crer que, quando a Constituição menciona "devido processo legal", não quer afirmar aquele da legalidade formal, que se produz de qualquer ato de disposição de lei. Propõe sim uma legalidade material, qual seja, aquela que assegura de fato que qualquer cidadão terá, no mínimo, o direito de tomar ciência da existência da execução antes de se ver privado de seus bens. 2. Intime-se a parte exequente, na pessoa de seu advogado, para, no prazo de 30 (trinta) dias, indicar o endereço da parte executada, sob pena de extinção (artigo 485, inciso III, do Código de Processo Civil). [...] (fls. 180-181)

Nas razões recursais, a parte agravante sustenta, em síntese, que:

(a) após várias tentativas de citação dos executados, ora agravados, o agravante requereu o arresto, através do bloqueio dos ativos financeiros nas contas dos executados, através do sistema BACENJUD; (b) a decisão agravada é suscetível de causar ao Agravante lesão grave ao indeferir o pedido de arresto *on-line*, pois,

além de guardar ilegalidades, traz uma situação de insegurança e perigo de lesão para o Agravante, pois apesar de preenchidos os requisitos legais, nega o arresto solicitado; (c) com o indeferimento do arresto *on-line*, é manifesta a probabilidade de ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação para o Agravante, uma vez que a ação segue sem a localização dos Agravados, o que aumenta a dificuldade de reaver o prejuízo ocasionado pela inadimplência.

Ao finalizar, requereu o provimento ao recurso para ser reformada a decisão interlocutória agravada.

Por decisão monocrática de fls. 194-198, foi admitido o processamento do recurso e indeferido o pedido de tutela antecipada recursal.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso, que passa a ser analisado.

Examinados os autos, constata-se que as razões recursais não se mostram aptas a evidenciar a ocorrência de *error in iudicando* na decisão interlocutória agravada. Isso porque o pedido de arresto ou de pré-penhora de dinheiro pelo sistema BACENJUD é inviável sem a prévia citação dos que integram o polo passivo da demanda.

Isso porque a instituição financeira agravada não trouxe qualquer elemento fático-probatório apto a evidenciar a existência de algum perigo de dano concreto que exija o deferimento da medida de arresto de valores, limitando-se a fundamentar na demora para satisfação do débito e a frustração das tentativas de citação, aspectos inerentes ao processo executivo.

O arresto é uma medida assecuratória que visa garantir futura execução por quantia certa, cujo deferimento deve ficar condicionado ao fundado receio de dano decorrente de atos praticados pelo devedor que demonstrem a intenção de frustrar a satisfação do débito, condição que não provada nos autos originários pela ora agravante que baseia seu pleito em meras ilações e conjecturas.

Embora o art. 830 do CPC/15 estabeleça que "se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução", a doutrina melhor denomina tal instituto de pré-penhora ou penhora antecipada (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 12.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 647).

Todavia, faz-se necessária a citação da parte agravada antes da realização da penhora de bens, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual está acertada a decisão recorrida.

A penhora e a expropriação de bens não podem ser realizadas antes da citação do executado. Trata-se da observância do princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, cujo teor dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Como é sabido, o processo de execução de título extrajudicial é subdividido em duas fases, sendo que da execução forçada só pode ser iniciada após o cumprimento da fase inicial, que consiste na citação do devedor para cumprimento voluntário e na pré-penhora, prevista nos arts. 827 e 829, ambos do CPC/15.

Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

§ 2º O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.

Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

Portanto, a realização da pré-penhora eletrônica antes da citação do executado é viável somente quando certificado que ele se encontra em lugar incerto e não sabido, ou seja, na situação que exige a citação por edital, como assentou o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça:

COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DEVEDOR AINDA NÃO CITADO. PENHORA INVIÁVEL. PERMISSÃO, TODAVIA, DE ARRESTO EXECUTÓRIO. RECURSO PROVIDO NOS MOLDES DO ART. 555, § 1º, 2ª PARTE, DO CPC. Antes da citação do executado não é admissível a

penhora. (...) "mas pode ter o lugar o arresto de que tratam os arts. 7º, inciso III, da Lei de Execuções Fiscais (Lei Federal n. 6.830/80); e 653 do Código de Processo Civil, segundo os quais, tanto na execução comum quanto na execução fiscal, não encontrado o devedor o Oficial de Justiça poderá efetuar o arresto de tantos bens quantos bastem para a satisfação da dívida com seus encargos (principal acrescido de multa, correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios). (...) " A penhora, evidentemente, não se pode fazer antes de citado o devedor. Mas o arresto sim. Ocorre que para que se oportunize o arresto é necessário que o devedor seja procurado nos endereços postos à disposição do Juízo, pelo exequente, devendo ser feitas buscas inclusive pelo Oficial de Justiça, e somente após a constatação de que ele se encontra em lugar incerto e não sabido, ou seja, de que o devedor não foi encontrado, é que se pode realizar o arresto." (AI n. 2010.047021-5, rel. Des. Jaime Ramos, j. 22.10.2010). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.071082-0, de Palhoça, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 11-04-2012).

No mesmo sentido, cita-se precedente da Segunda Câmara de Direito Comercial desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. DECISÃO AGRAVADA QUE NEGOU PEDIDO DE PENHORA DE DINHEIRO VIA SISTEMA BACEN-JUD. CITAÇÃO AINDA NÃO REALIZADA. DESCABIMENTO DA PENHORA NESSE MOMENTO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE ARRESTO DE BENS SE O DEVEDOR NÃO FOR ENCONTRADO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. ART. 653 DO CPC. CITAÇÃO FRUSTRADA POR ERRO DO EXEQUENTE. ENDEREÇO INFORMADO QUE NÃO EXISTE. ÔNUS PROCESSUAL DO CREDOR. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O DEVEDOR ENCONTRA-SE EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. ARRESTO INVIÁVEL NA HIPÓTESE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "A penhora, evidentemente, não se pode fazer antes de citado o devedor. Mas o arresto sim. Ocorre que para que se oportunize o arresto é necessário que o devedor seja procurado nos endereços postos à disposição do Juízo, pelo exequente, devendo ser feitas buscas inclusive pelo Oficial de Justiça, e somente após a constatação de que ele se encontra em lugar incerto e não sabido, ou seja, de que o devedor não foi encontrado, é que se pode realizar o arresto." (AI n. 2010.047021-5, rel. Des. Jaime Ramos, j. 22.10.2010)" (Agravo de Instrumento n. 2011.071082-0, de Palhoça, Grupo de Câmaras de Direito Público, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 11-4-2012). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.007369-1, de Palhoça, rel. Des. Rejane Andersen, j. 12-06-2012).

Nesse sentido, é o entendimento extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

1. As hipóteses contempladas no art. 813 CPC não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o

perigo da demora. Precedentes.

2. Admite-se a medida cautelar de arresto de dinheiro, via Bacenjud, nos próprios autos da execução, se preenchidos os requisitos legais previstos no art. 653 (a existência de bens e não localização do devedor) ou no art. 813 (a demonstração de perigo de lesão grave ou de difícil reparação), ambos do CPC.

3. In casu, inexistem atos tendentes a localizar o devedor para citação, seja por carta, seja por mandado, o que afasta a aplicação do art. 653 do CPC.

4. Quanto aos requisitos para o deferimento da medida cautelar com base no art. 813 do CPC, o Tribunal de origem decidiu que a recorrente não logrou êxito em apresentar qualquer indício concreto da necessidade da medida. Rever essa afirmação, no entanto, implica adentrar em matéria fática, vedada pela Súmula 7 do STJ.

5. Recurso especial não provido. (STJ. REsp 1407723/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013) (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS, MEDIANTE ARRESTO EXECUTIVO, VIA SISTEMA BACENJUD, ANTES DA PRÁTICA DE ATOS JUDICIAIS TENDENTES A LOCALIZAR O DEVEDOR PARA A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPRÓVIDO .

I. Agravo Regimental interposto em 28/10/2015, contra decisão publicada em 16/10/2015.

II. Na forma da jurisprudência firmada pelo STJ, admite-se o arresto de dinheiro, via Sistema Bacenjud, nos próprios autos da execução, se preenchidos os requisitos legais previstos no art. 653 (existência de bens e não localização do devedor) ou no art. 813 (demonstração de perigo de lesão grave ou de difícil reparação), ambos do CPC/73. Em relação ao arresto executivo, também designado arresto prévio ou pré-penhora, de que trata o art. 653 do CPC/73, tal medida visa assegurar a efetivação de futura penhora na execução por título extrajudicial, na hipótese de o executado não ser encontrado para citação. Assim, desde que frustrada a tentativa de localização do executado, é admissível o arresto executivo de seus bens. Precedentes do STJ (REsp 1.044.823/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/09/2008; REsp 1.240.270/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/04/2011; REsp 1.407.723/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/11/2013; REsp 1.370.687/MG, Rel. Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, DJe de 15/08/2013; REsp 1.338.032/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 29/11/2013).

III. Na hipótese dos autos, considerando que é incontroversa a falta de

demonstração, na petição inicial da Execução Fiscal, dos requisitos autorizadores da medida cautelar de arresto, prevista nos arts. 813 e seguintes do CPC/73, e levando-se em consideração, outrossim, que o arresto executivo dos valores pertencentes ao executado ocorreu anteriormente a qualquer tentativa de citação deste, impõe-se a conclusão de que o acórdão recorrido está em harmonia com a orientação firmada pelo STJ. Por conseguinte, deve ser mantida a inadmissão do Recurso Especial, com base na Súmula 83/STJ. IV. Agravo Regimental impróvido (STJ. AgRg no AREsp 555.536/PA, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 02/06/2016)

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. BACEN-JUD. NECESSIDADE DE CITAÇÃO VÁLIDA. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA-EXECUTADA. FRAUDE À EXECUÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA COMO PRESSUPOSTO ESSENCIAL. INOCORRÊNCIA NA HIPÓTESE.I - Nos presentes autos, em sede de execução fiscal, o juiz de primeira instância concedeu o bloqueio das disponibilidades financeiras da executada, antes de sua citação válida, por meio do sistema BACEN-JUD. Tal decisão foi reformada pelo Tribunal, sob o fundamento de que a citação válida é requisito essencial para o deferimento do referido bloqueio. Consta, ainda, que a executada, antes da citação do processo executivo, mas assim que realizado o bloqueio de seus bens, alienou diversos veículos, em um mesmo dia para familiares dos sócios. Tais alienações foram consideradas pelo Tribunal a quo como fraudulentas, mesmo tendo sido realizadas antes da citação do processo executivo.II - Quanto ao recurso fazendário, conforme preceitua o art. 185-A do Código Tributário Nacional, apenas o executado validamente citado que não pagar e nem nomear bens à penhora é que poderá ter seus ativos financeiros indisponibilizados por meio do BACEN-JUD.III - Uma das bases do Estado Democrático de Direito é a de que a lei é imposta contra todos, e a Fazenda Pública não foge a essa regra. É inadmissível indisponibilizar bens do executado sem nem mesmo citá-lo, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.IV - Quanto ao recurso da empresa-executada, o artigo 185 do CTN não traz como requisito essencial para caracterização da fraude à execução a citação válida. Contudo, possuímos jurisprudência dominante no sentido de que "a fraude à execução apenas se configura quando demonstrado que a alienação do bem ocorreu após a efetiva citação do devedor, em sede de execução fiscal" (REsp 974.062/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 05.11.2007). Este Tribunal, ao exarar posicionamentos como esse, entende que a má-fé não pode ser presumida, sendo necessário que o exequente prove que o executado aliena seus bens após a ciência de que está sendo processado.V - A prova maior para se aferir se há a ciência de que se está sendo executado, sem dúvida, é a citação válida, contudo, esta não é a única. No caso em tela, o Tribunal a quo, utilizando-se das provas carreadas pela Fazenda Pública, entendeu que, quando da determinação do bloqueio dos ativos financeiros pelo BACEN-JUD, a recorrente tomou ciência da execução que corria contra ela e, no mesmo dia, simulou a venda de bens para familiares de seus sócios.VI -

Recursos especiais impróvidos.(REsp 1044823/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 15/09/2008) (grifou-se)

À luz destas ponderações, mostrando-se acertada a decisão interlocutória hostilizada pela via do agravo de instrumento em apreciação, sua manutenção é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É como voto.