

Opinião: Bacenjud, coronavírus e as garantias processuais

08/04/2020



Como ninguém fica indiferente à perplexidade mundial

causada pela pandemia da Covid-19 (provocada pelo novo coronavírus SARS-Cov-2), o Direito começa a ser afetado pela crise em curso. Alguns Países têm alterado o seu direito positivo com vistas a acomodar as relações jurídicas ao quadro que se apresenta (como é o caso da Alemanha, [ver aqui](#)).

Sem discutir a competência do órgão e o mérito de seus provimentos, entre nós o Conselho Nacional de Justiça exarou provimentos sobre a suspensão dos processos e o estabelecimento do plantão extraordinário no Poder Judiciário (Resolução nº 313/2020), sobre a situação dos encarcerados (Recomendação CNJ 62/2020) e dos prazos dos procedimentos de falência e recuperação de empresas (recomendação do Ato Normativo 0002561-26.2020.2.00.0000).

Por isso, não surpreende que o Judiciário comece a proferir decisões que interpretam questões jurídicas levando esse atípico cenário em conta. Recentemente, foi proferida decisão que indeferiu a realização de penhora eletrônica de valores (Bacenjud) em virtude da pandemia. Sintético, o pronunciamento aludiu ao reconhecimento do coronavírus como uma pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), com sensíveis impactos em nossa economia (crise); sua aptidão a ensejar a “*decretação de estado de emergência*”; assim como pressupôs a dificuldade do executado se defender, haja vista as atuais condições adversas de trabalho, o que tributou às regras fixadas pelos governantes.

Conquanto estejamos — todos — vivenciando situação extremamente delicada, urge verificar se os fundamentos lançados no pronunciamento judicial são idôneos para sustentá-lo na perspectiva constitucional (art. 93, IX, CF). Sob enfoque estritamente jurídico, pretendemos demonstrar que a decisão em tela negou vigência ao art. 854, CPC, além de ter malferido outras garantias processuais do exequente.

Fatos jurídicos são aqueles acontecimentos do mundo que, uma vez juridicizados, ingressam no plano da existência do mundo normativo; quando alguma situação no plano da vida realiza a hipótese fática prevista em lei, ocorre a incidência, de modo que a conduta ou evento, agora juridicizado, torna-se um fato jurídico. Em síntese, a norma jurídica “adjetiva os fatos do mundo”.^[1] Como na espécie (pandemia da Covid-19), releva notar que nem sempre a vontade é relevante para tanto.

A pandemia do coronavírus é juridicamente relevante; é um fato jurídico com múltiplos impactos em diferentes searas do direito (cível, trabalhista, empresarial, administrativo, saúde etc). Do ponto de vista processual, o estado pandêmico é fato notório, o que pode ser invocado em juízo por quaisquer dos atores, dispensada a necessidade de sua demonstração (art. 374, I, CPC). Contudo, resta indagar, se desse fato notório é possível extrair a consequência jurídica de obstar o direito do exequente à penhora via Bacenjud? No mesmo passo, a pandemia inviabiliza o exercício do direito de defesa pelo executado?

Começando pelo segundo ponto, porque mais singelo, constata-se que ele não prospera. A penhora é ato de constrição pós-citação; ocorre quando o executado já teve a oportunidade de buscar auxílio advocatício em amparo de seus interesses. Some-se a isso a circunstância de que o executado poderia defender-se plenamente no procedimento em que prolatada a decisão, dado que os autos são eletrônicos, tornando dispensável o deslocamento de seu advogado até o fórum (supondo que esteja funcionando regularmente).

O outro ponto, por sua vez, foi atrelado a questões de caráter especulativo. A mera *possibilidade* de ser decretado “estado de emergência” e a crise econômica iniciada foram dadas como suficientes — e invencíveis — para afastar a constrição patrimonial, sem demonstrar como e porque a pandemia da Covid-19 poderia afastar o direito do exequente ao Bacenjud, um dos meios expropriatórios considerados preferenciais pela legislação (art. 835, I, e §§ 1º e 2º, CPC).

Ingressando no campo dogmático, não se esqueça de que o executado é intimado da constrição (art. 854, § 2º, CPC) e tem o ônus de demonstrar a impenhorabilidade do bem, vícios e excessos da penhora (arts. 525, IV e 854, § 2º, CPC) ou requerer a substituição do bem penhorado (art. 847, CPC). Em todos esses casos, seria legítimo ao executado apresentar considerações sobre as adversidades financeiras oriundas da crise em curso, quando então o juiz, ouvido o exequente, decidiria a respeito.

No caso em comento, entendeu-se que a crise pandêmica teria a potencialidade de gerar dificuldades financeiras graves para as pessoas, o que está correto; e que o executado estaria sujeito a uma situação extraordinária de risco ao se ver imediatamente privado de dinheiro. É possível que, em termos fáticos, os enunciados sejam verdadeiros. Acontece que, até o presente momento, inexistente substrato jurídico para tal decisão. Privilegiou-se um interesse — o do executado (sequer manifestado) — em detrimento de um direito — o do exequente. E que se note: ingressando no jogo de linguagem estabelecido pela decisão, desconsiderou-se que as mesmas razões de fato pressupostas podem ser aplicadas ao exequente; também ele pode estar em dificuldade financeira grave e necessitar da realização do crédito para enfrentar os obstáculos impostos pela crise. Ora, por que motivo a suposição foi utilizada em desprestígio do

exequente? Abstratamente considerado, o argumento se anula em razão das forças antagônicas.

Por mais extrema que seja a situação em que nos encontramos — não só no Brasil, mas no mundo —, é necessário dizer que por ora não existe norma jurídica suspendendo a tutela executiva no País. Esse ponto é de extrema relevância. Todos — inclusive os juízes — somos submetidos ao império da lei. Disso decorre a necessidade de observância dos seus ditames sem tergiversações ou (pseudo)correções alheias ao sistema jurídico. No caso da decisão ora analisada, a simples possibilidade da decretação de “estado de emergência” foi suficiente para suspender *ex ante facto* a vigência do art. 854, CPC.

A propósito, será que ao falar em “estado de emergência” se está fazendo referência à figura constitucional do estado de defesa (art. 136, CF) — equivalente ao estado de emergência previsto na Constituição Portuguesa (art. 19º, 2.), já decretado em Portugal —, que somente pode ser decretado pelo presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, por conta de calamidades de grandes proporções?

No ensejo, um decreto nesse sentido deverá estabelecer o tempo de sua duração (no máximo de 30 dias, prorrogável por igual período), as áreas abrangidas, bem como as medidas coercitivas fixadas em restrição aos direitos de (a) reunião, ainda que exercidos no seio de associações; (b) sigilo de correspondência; (c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; e, ainda, a ocupação e uso de bens e serviços públicos, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. Como se sabe, o decreto de estado de defesa deve ser submetido ao Congresso Nacional para aprovação por maioria absoluta.

Decretado o estado de defesa e constatada a ineficiência de suas medidas, torna-se possível ao Presidente da República solicitar ao Congresso Nacional a decretação do Estado de Sítio (art. 137, da CF), no qual, em tese, é lícito suspender garantias constitucionais e/ou impor as restrições previstas no art. 139 da Constituição Federal.

Seja como for, ambas as hipóteses ora apresentadas não passam de especulações, malgrado sejam hábeis a demonstrar o desacerto do pronunciamento judicial. Isso porque, nem mesmo a decretação do estado de defesa levaria à suspensão dos meios executivos típicos que socorrem os exequentes em geral, de modo que a decisão infligiu uma restrição à garantia processual que nem mesmo a decretação do — temido, conquanto positivado constitucionalmente — estado de defesa seria capaz de fazer.

A suspensão “*ad hoc*” da vigência do art. 854 do CPC representa, em si, um estado de exceção, tal como descrito por Giorgio Agamben[2]. Com efeito, as decisões judiciais são dotadas de coercibilidade no caso concreto. É característica decorrente do exercício do poder de império do Estado. Daí a célebre lição, contida inclusive na lei (art. 503, CPC), de que as decisões são dotadas de “*força de lei*”, ou seja, possuem a sua mesma potência ou força vinculativa. Como decorrência da queda do governo dos homens e ascensão do governo das leis (*rule of law*) é que os pronunciamentos judiciais devem guardar consonância com o direito positivo.

Consequentemente, a decisão que não observa o primado da legalidade funda um “*estado de coisas*” no qual a lei e a CF, embora vigentes, não se aplicam (ou seja, não têm “força”); mas a decisão, em si, que não tem o valor de lei, adquire sorrateiramente a sua “força”,

estabelecendo, assim, um “estado de exceção”, uma anomia. “A lei é colocada em uma espécie de suspensão por ato de força do Poder Judiciário, ocasionando um espaço de vazio do direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas (=decorrente da lei) estão desativadas”. Assim, o estado de exceção é um espaço anômico em que, em jogo, está uma decisão dotada de força de lei sem lei. Na melhor forma diacrítica de Agamben, é a decisão com “força de lei”[3].

As consequências sociais, econômicas, políticas etc. da pandemia do coronavírus são dotadas de complexidade tal, que é impossível o seu pleno conhecimento, discernimento e avaliação por apenas um juiz (ou por um conjunto deles). Decisões judiciais que suspendem o direito positivo, em benefício de uma visão segmentada da realidade (somente a partir de si), revelam a imersão naquilo que Lenio Luiz Streck chama de “privilegio cognitivo do juiz”[4] — o imaginário no interior do qual os magistrados são competentes (juridicamente) e capazes (cognitivamente) de corrigir o direito. O resultado não é, senão, a instauração de um estado de exceção, como examinado.

A partir daí se verifica uma dupla violação da garantia do contraditório. De um lado, houve afronta à sua dimensão funcional, porque o julgador se arvora em função de parte ao antecipar-se ao executado para trazer à baila a potencial dificuldade econômica ou ao exercício do seu direito de defesa (=violação da garantia da imparcialidade/imparcialidade objetivo-funcional). De outro lado, restou transgredida a dimensão argumentativo-discursiva, na medida em que tais questões foram adotadas pela decisão sem oportunizar a prévia participação/influência do exequente a seu respeito.

O exequente tem direito a utilizar-se dos meios executivos mesmo em tempos de pandemia coronavírus. A inafastabilidade da tutela jurisdicional neste caso (art. 5º, XXXV, da CF), indispensável para a defesa dos seus interesses, que somente podem ser exercidos em juízo, não pode ser objeto de limitação pelo próprio juiz. Munido de um título executivo (“bilhete de ingresso”), o seu titular poderá se valer de todos os meios executivos previstos na legislação, através de medidas expropriatórias, dentre as quais, insista-se, a penhora por Bacenjud é meio preferencial (art. 840, do CPC).

O processo (=devido processo legal — art. 5º, LIV; da CF) encerra em si mesmo, na feliz expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, uma garantia de liberdade contrajurisdicional das partes. Isso quer dizer que — ambas — as partes se encontram potencialmente imunizadas e protegidas contra eventuais abusos do poder jurisdicional. Ao contrário do que alguns críticos sustentam, a noção do processo como instituição de garantia não se apresenta como salvaguarda de quem ocupa o polo passivo da demanda, no caso, o executado. O seu feixe de atuação dirige-se contra o Estado para que a atuação judicial ocorra sem abusos e arbitrariedades. É curial notar que o exequente também se beneficia da garantia. E nem poderia ser diferente, dado que as garantias processuais são titularizadas pelos sujeitos parciais.

Repita-se: diante da inexistência de qualquer vedação legal ou constitucional para o exercício pleno dos direitos de execução, o juiz não possui razão de ordem jurídica — e, portanto, legítima — para indeferir o pedido de penhora pelo Bacenjud.

Ao indeferir a realização do Bacenjud *sic et simpliciter*, lança-se mão de fundamentação não orientada juridicamente. Com isso, os enunciados revelam-se meramente performáticos, tal como descrito por J. L. Austin^[5]: eles não explicam absolutamente nada, não descrevem ou sustentam qualquer conteúdo; ao revés, eles apenas realizam algo. Ao fim e ao cabo, a decisão em análise não pode ser submetida a testes de validade, uma vez que seus fundamentos não são verificáveis como verdadeiros ou falsos, diante da falta de descrição ou de registro de algo (ao contrário do que acontece com os enunciados constatativos). Ela simplesmente realiza algo — no caso, o indeferimento do Bacenjud —, mesmo com conteúdo jurídico zero.

Ao Poder Judiciário em geral e aos juízes em especial são necessários calma e discernimento para que os seus atos não sejam geradores de crises colaterais em meio à pandemia promovida pelo coronavírus. Mais do que nunca, é o momento do recolhimento de comportamentos ativistas e o exercício de autocontenção (*self-restraint*), devendo-se observar o direito posto em suas decisões. Qualquer modo de agir diverso representará perigo superior ao que estamos a enfrentar. Trata-se de um verdadeiro teste de fogo para a garantia contrajurisdicional do devido processo legal. Que ninguém — autores e réus, exequentes e executados — seja privado de suas garantias.

[1] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09.

[2] AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. 2. ed. São Paulo : Boitempo, 2004, pp. 53-63.

[3] CARVALHO FILHO, Antônio. CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Falta de fundamentação como “estado de exceção”: uma visão a partir da deficiência endoprocessual e do ativismo judicial, *in* Processo e Liberdade: Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina : Editora Thoth, 2019, p. 140.

[4] Streck, Lenio. Dicionário de Hermenêutica – Belo Horizonte : Letramento : Casa do Direito, 2017, pp. 64-67.

[5] AUSTIN, J. L., How to do things with words, second edition, Cambridge : Harvard University Press, 1975, pp. 3-9.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-abr-08/opiniao-bacenjud-coronavirus-garantias-processuais/>