

TPGD
2177

LJP00050280-3

202107

José Rubens Hernandez

DA PENHORA DE FATURAMENTO

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual Civil à Comissão Julgadora da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, sob a orientação do Prof. Dr. João Batista Lopes.

PUC-CAMPINAS
Sistema de Bibliote. (fà'~
e Inform;8,ção .. SBI
PG. DIREITO

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Campinas, 2003.

Comissão Julgadora:

Dedico esta dissertação à memória de meu pai, *Rubens*, cuja demonstração do amor incondicional à minha querida, corajosa e determinada mãe, *Nair*, a quem acompanhou por toda a vida desde o dia em que se conheceram e junto a quem abriu as portas das oportunidades para que seus filhos tivessem, cada qual a seu modo, o melhor dos futuros possíveis.

Agradecimentos:

Agradeço profundamente ao Professor João Batista Lopes, exemplo a ser seguido, a quem tive a grande satisfação e honra de conhecer nas passadas de meu caminho, não havendo palavras que possam pagar-lhe pelo incentivo na elaboração deste trabalho, e também a todos os professores e alunos do curso de pós graduação da PUC Campinas, com os quais tive a imensa felicidade de iniciar um convívio extremamente fecundo.

Resumo

Esta dissertação tem como objetivo o estudo da *penhora de faturamento*, cuja área de concentração reside no Direito Processual Civil. Analisa-se em primeiro lugar a falta da efetividade no processo de execução, que levou à penhora de faturamento como tentativa de sanar esse problema. A seguir, estuda-se o instituto da penhora e, para configurar suas principais características, traça-se um breve histórico sobre a penhora de faturamento propriamente dita, o fato de recair sobre pessoas jurídicas ou físicas, observando-se qual a melhor classificação, se constrição de dinheiro ou de direitos, além de analisar o conceito de faturamento para melhor delimitação do objeto de estudo e também os limites a serem observados por esse tipo de constrição. Ainda nessa primeira parte são analisados os requisitos essenciais, a sua admissibilidade, estudando-se a figura do administrador judicial, suas atribuições e responsabilidades, bem como os encargos que pesam sobre o credor, a quem a execução beneficia. A segunda parte do trabalho cuida do estudo dos meios de impugnação da penhora de faturamento e dos vícios que podem atingi-la, os recursos e medidas usadas para atacar as decisões que resolvem questões ligadas a essa figura, estudando-se o agravo de instrumento, o mandado de segurança, os embargos de terceiro, a medida cautelar e o *habeas corpus*. A conclusão condensa as posições extraídas no decorrer do trabalho e não seria possível terminá-lo sem tecer críticas à penhora de faturamento tal como é encarada na atualidade, de modo bastante simplista, mas que deflagra incontáveis problemas, que podem até mesmo inviabilizar a efetividade da execução.

Palavras chave: efetividade execução - penhora - faturamento -
impugnação.

Abstract

The study objective of this dissertation consists of the income attachment which field of study is in Civil Procedural Law. The first part begins with the examination of the lack of effectiveness in the execution that led to the income attachment as an effort to solve this problem. Next, there is a study of the attachment principle to configure its main characteristics, broaching a brief description of the attachment itself. The fact that it falls on individuals and legal entities observing what is the best classification, constriction of money and rights besides the study of the income for the best delimitation of the objective of the study and also the limits to be observed in this type of constriction. The first part of the study is also about the legal requirement and its admissibility, the trustee as well as the burden of the creditor and whom the execution is beneficial to. The second part of the study approaches the impugnation of the income attachment and the vices that may affect it, the means used to contest the decisions that solve matters related to this figure, studying the bill of review, writ of mandamus, interplea and *habeas corpus*. The conclusion joins the positions that could be taken in the course of this study and it would not be possible without criticizing the income attachment as it is today - easy to be understood but it brings innumerable problems that can make the execution impracticable.

Key words: effectiveness - execution - attachment - income - impugnation

índice geral

Resumo	5
"Abstract"	6
Lista de siglas e abreviaturas encontradas nesta obra	...10
Introdução	14
1. Primeira parte	21
1.1. Efetividade da execução22
1.2. Da penhora33
1.3. Breve histórico da penhora de faturamento50
1.4. A penhora de faturamento em relação ao devedor: atinge as pessoas físicas ou as jurídicas? Ou ambas? 59
1.5. Classificação da penhora de faturamento: penhora de direitos ou de dinheiro?	..66
1.6. O conceito de faturamento82
1.6.1. Significados da palavra faturamento82
1.6.2. O emprego da expressão penhora de faturamento, proposto neste trabalho	88
1.7. Diferenças entre a penhora de faturamento e outras penhoras	117
1.8. Penhora de faturamento, penhora de estabelecimento, penhora de empresa, penhora de renda, penhora de capital de giro: a denominação escolhida	120
1.9. O STJ e a penhora de faturamento	122
1.10. A admissibilidade da penhora de faturamento	125
1.11. Os requisitos da penhora de faturamento135
a) A nomeação de administrador.135
b) A apresentação de plano de administração e de esquema de pagamentos	136
c) A homologação do plano136
d) A assinatura do termo de penhora e a intimação do executado	136
1.12. Os limites da penhora de faturamento	137
1.12.1. Os limites quantitativos da penhora de faturamento	143
1.12.2. Pluralidade de penhoras de faturamento	146
1.12.3. Os limites temporais da penhora de faturamento	149

1.12.4. A possibilidade de modificação da penhora de faturamento	151
1.13. Momento em que se dá a penhora de faturamento e início do prazo para apresentação de embargos153
1.14. A figura do administrador.	166
1.14.1. A nomeação de diretor como administrador judicial.	166
1.14.2. A convenção das partes sobre o administrador	...182
1.14.3. A nomeação de terceiro como administrador	...183
1.14.4. A nomeação de pessoa jurídica para o cargo	..186
1.14.5. A prestação de caução187
1.15. As obrigações do administrador.190
1.15.1. A conservação do estabelecimento	.193
1.15.2. A forma de administração e esquema de pagamentos que respeite a ordem legal194
1.15.3. A ordem legal dos pagamentos	197
1.15.4. O levantamento de inventários e balanços (inicial e final)	210
1.15.5. A comunicação ao juiz de qualquer fato relevante (inclusive os que configuram o estado falimentar do executado)	215
1.15.6. O provisionamento de encargos do estabelecimento e o pagamento de créditos preferenciais	216
1.15.7. O depósito, à ordem do juízo da execução, das sobras ou fundos líquidos que remanescerem em poder do administrador, após efetuar pagamentos que respeitem a ordem legal	221
1.15.8. A restituição do estabelecimento222
1.15.9. Outras atribuições do administrador.223
1.16. A prisão pode ser decretada em relação a qual comportamento do administrador judicial?226
1.17. Roteiro proposto para a efetivação de penhora de faturamento, com algumas vicissitudes	231
1.18. As causas de encerramento e levantamento da penhora de faturamento	..235
a) O depósito, à ordem do juízo, de fundos líquidos correspondentes até ao valor do crédito do exequente, incluindo principal e encargos e a prestação de fiança bancária235

b) A impetração de concordata preventiva e a decretação da falência do executado	236
1.19. Aspectos relacionados à responsabilidade civil na penhora de faturamento	240
1.19.1. A responsabilidade civil do administrador.	242
1.19.2. Aspectos da responsabilidade civil e ônus processuais do exequente	243
2. Segunda parte	246
2.1. Meios de impugnação da penhora de faturamento	247
2.2. A questão de estar seguro o juízo	261
2.3. A ampliação da penhora, de outros bens para a de faturamento, e a apresentação de embargos	271
2.4. As nulidades da penhora e os seus efeitos	275
2.5. Recursos na esfera cível (execução fiscal e civil)	287
2.5.1. O agravo de instrumento	287
2.5.2. O mandado de segurança	292
2.6. Outros meios de impugnação	299
2.6.1. Os embargos de terceiro	299
2.6.2. A medida cautelar	302
2.6.3. O habeas corpus	308
3. Terceira parte	317
3.1. Conclusões	318
~. E3it>li()~rafia	3~fl

Lista de siglas e abreviaturas encontradas nesta obra

- AC - Apelação Cível
- Acr - Apelação Criminal
- ADRESP - Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
- AEMC - Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar
- AG -Agravo
- AGA - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
- AGI - Agravo de Instrumento
- AGRAGA - Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo
- AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial
- AGRHC - Agravo Regimental no Habeas Corpus
- AGRMC - Agravo Regimental na Medida Cautelar
- AgRg-AI - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
- AgRg-MC - Agravo Regimental na Medida Cautelar
- AI - Agravo de Instrumento
- Ap. Cív. - Apelação Cível
- Ap. cf Rev. - Apelação com Revisão
- art. - artigo
- arts. - artigos
- ARXOFROMS - Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
- Bol. Jur. ADCOAS - Boletim Jurídico ADCOAS
- C. - Câmara
- CC - Conflito de Competência
- C. Cív. - Câmara Cível
- CDC - Código de Defesa do Consumidor'
- CDPriv. - Câmara de Direito Privado
- CD públ. - Câmara de Direito Público
- CF/88 - Constituição Federal de 1988

1BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor*, Lei n.º 8.078, de 1990.

CNPJ - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica"
 Cód. Proc. Civil - Código de Processo Civil"
 CPC - Código de Processo Civil"
 CPF - Cadastro de Pessoas Físicas"
 CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de
 Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF⁶
 CTN - Código Tributário Nacional"
 DJPE - Diário da Justiça de Pernambuco
 DJMG - Diário da Justiça de Minas Gerais
 DJPR - Diário da Justiça do Paraná
 DJU - Diário da Justiça da União
 DOESP - Diário Oficial do Estado de São Paulo
 EDRESP - Embargos de Declaração no Recurso Especial
 EMC - Embargos de Declaração em Medida Cautelar
 ERESP - Embargos de Divergência no Recurso Especial
 HC - *Habeas Corpus*
 ISSQN - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza"
 j. - julgamento
 J. - julgamento
 LC - Lei Complementar
 LEF - Lei de Execuções Fiscais"

20 CNPJ, que substituiu o antigo CGC - Cadastro Geral de Contribuintes, acha-se disciplinado pelo art. 214, do Decreto n.º 3000, de 1999.

3BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei n.º 5.869, de 1973.

4BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei n.º 5.869, de 1973.

50 CPF - Cadastro de Pessoas Físicas, é disciplinado atualmente pelo art. 33, do Decreto n.º 3000, de 1999.

6A CPMF foi instituída pela Lei n.º 9.311, de 1996, sendo prorrogada sua cobrança conforme Lei n.º 9.539, de 1997.

7BRASIL, *Código Tributário Nacional*, Lei n.º 5.172, de 1966.

8A disciplina do ISSQN é dada, atualmente, pela Lei Complementar n.º 116, de 2003. Antes, estava a cargo do Decreto-lei n.º 406, de 1968, que não foi completamente revogado.

9BRASIL, *Lei de Execuções Fiscais*: Lei n.º 6.830, de 1980.

LF - Lei de Falências¹⁰
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil"
LO - Lei Ordinária
MC - Medida Cautelar
Min. - Ministro(a)
MP - Medida Provisória
n. - número
nO- número
n.? - número
OJ - Orientação jurisprudencial
p. - página (s)
parág. - parágrafo
10 TACSP - Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo
RDDT - Revista Dialética de Direito Tributário
RE - Recurso Extraordinário
Rel. - Relator(a)
REO-AC - Remessa Ex-Officio
RESP - Recurso Especial
RHC - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
RISTJ - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RJ - Revista de Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos
RJTJESP/Lex - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Editora Lex
ROAG - Recurso Ordinário em Agravo
ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT - Revista dos Tribunais
SBDI - Subseção de Dissídios Individuais
SBDI 2 - 2ª Subseção de Dissídios Individuais
2º TACSP - Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

10BRASIL, *Lei de Falências*: Decreto-lei n.º 7.661, de 1945.

11BRASIL, *Lei de Introdução ao Código Civil*, Decreto-lei n.º 4.657, de 1942.

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

T. - Turma

TACRIMSP - Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

TFR - Tribunal Federal de Recursos"

v. - volume

v.g. - verbi greiie"

vol. - volume

v.u. - votação unânime

"Esse tribunal não existe mais. No seu lugar surgiu o Superior Tribunal de Justiça, face a reestruturação do Poder Judiciário promovida pela Constituição de 05 de outubro de 1988.

¹³O mesmo que *"por exemplo"*.

Introdução

A penhora de faturamento tem suscitado inúmeros problemas em nossos tribunais. Todavia, é objeto apenas de alguns estudos esparsos, não existindo nenhuma obra específica que verse sobre o tema.

Apesar de haver previsão legal acerca da penhora de estabelecimento¹⁴ e também sobre o usufruto de empresa", na verdade, só recentemente, em razão da falta de efetividade constatada no processo de execução, é que passou a ser amplamente difundida e procurada pelos credores, sendo, na maioria das vezes, requerida pelas Fazendas Públicas em execuções fiscais.

Vale observar que a doutrina afasta a possibilidade de usufruto judicial quando há pluralidade de penhoras sobre imóvel ou empresa. José Frederico MARQUES explica que

Quando recair mais de uma penhora sobre o mesmo imóvel ou empresa, inadmissível será o usufruto judicial. A pluralidade de credores no processo executivo contra devedor solvente resolve-se em concurso singular de preferências, pelo que não se compadece

14BRASIL, *Código de Processo Civil*: artigos 677 e 678.

15BRASIL, *Código de Processo Civil*: artigos 716 a 729.

com o instituto do usufruto judicial. Aliás, os preceitos que o regulam, dos arts. 716 usque 729, mostram claramente que o usufruto é cabível quando só existe um credor e penhora, também, de um único credor. ¹⁶

Conquanto haja diferença entre a penhora de faturamento e o usufruto de empresa, e também em que pese essa respeitável lição de José Frederico MARQUES, a pluralidade de execuções se apresentará como um ingrediente que irá complicar ainda mais esse tipo de constrição. Mas é possível, desde que tomadas as cautelas necessárias, efetivar-se a penhora de faturamento em benefício de mais de um credor exequente. Terá de haver, entretanto, uma única indicação para o cargo de administrador judicial, sendo que a Lei de Execuções Fiscais até admite a reunião das execuções para, com isso, preservar a unidade da penhora". Se isso não acontecer, a simples existência de mais de um administrador judicial nomeado para o mesmo estabelecimento trará uma incompatibilidade lógica para que a constrição se torne efetiva.

A primeira tentativa - a propósito frustrada - de penhora de faturamento que se tem notícia data do final da década de 1980 e ocorreu justamente num processo de execução fiscal manejado pela Fazenda do Estado de São Paulo, que pretendia que se dispensasse a esse tipo de constrição o mesmo tratamento dado à penhora de dinheiro, com conversão em depósito à ordem do juízo da execução". Conforme será visto no desenvolvimento deste trabalho, essa equiparação entre penhora de dinheiro e penhora de faturamento não é possível, pois cada qual recebe tratamento diverso pelo legislador, figurando a de dinheiro em primeiro lugar na ordem legal, enquanto que a outra, cai para o último lugar".

¹⁶José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 260.

¹⁷BRASIL, *Lei de Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830, de 1980)*: "Art. 28. O juiz, a requerimento das partes, por conveniência da unidade da garantia da execução, poderá ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor."

¹⁸BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 143.891-2 - Santo André - 14ª Câmara Civil- Rel. Des. MÁRIO VITIRITTO - RJT JESP/Lex, v. 120, p.331-333.

¹⁹BRASIL, *Código de Processo Civil*: "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." No mesmo sentido

De lá para cá tentou-se difundir esse tipo de penhora como se fosse uma panacéia capaz de resolver todas as mazelas que, de certo modo, provocam a falta de efetividade no processo de execução. Entretanto, foi possível perceber, durante o desenvolvimento deste trabalho, que esse tipo de constrição está longe de atingir de vez a esperada eficiência na entrega da prestação jurisdicional, sendo capaz, ao contrário, de fazer surgir um sem número de problemas às partes envolvidas, principalmente ao próprio exeqüente, em cujo benefício se processa a execução e a quem, bem por isso, é atribuída a responsabilidade civil objetiva em razão dos danos e prejuízos que acaso sejam provocados ao executado. Por sinal, se uma execução for nula mas nela se determinar a penhora de faturamento, a reparação civil cabível ao executado, considerando os efeitos e extensão dos danos, estes praticamente irreversíveis, será bastante elevada²⁰.

Embora a jurisprudência mais recente de nossos sodalícios, mormente a que provém do Superior Tribunal de Justiça, conclua que esse tipo de constrição assume um caráter excepcional, de maneira que exige o esgotamento prévio de todos os outros meios de coação ao patrimônio do devedor, as tentativas de realização da penhora de faturamento são lançadas nos autos, às vezes, até mesmo sem se dar oportunidade ao executado de exercer o contraditório" ,

dispõe a LEF (BRASIL, *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 tenha 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."

2ºBRASIL.Tribunal de Justiça do Distrito Federal. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA - CONTA CORRENTE EMPRESARIAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Há de se ter precatório dobrado em relação à penhora incidente sobre o faturamento da empresa, já que tal penhora equivale à penhora da própria empresa, atingindo-lhe em profundidade, podendo, inclusive, inviabilizá-la economicamente. 11. A penhora de todas as contas da empresa agravante, de maneira ampla e irrestrita, constitui violação a direito líquido e certo [vide RT 492/121], que, certamente, causará à empresa lesão grave e de difícil reparação, haja vista que, engessada, ficará sem condições de pagar os seus encargos sociais, folha de pagamento e demais compromissos. 111. Hipótese em que se deve condicionar a retenção ao percentual de apenas 20% (vinte por cento) sobre os valores existentes nas contas bancárias, liberando-as, de forma a permitir sua livre movimentação. IV. Recurso conhecido e parcialmente provido, por maioria. AGI 20010020068888 - 3ª T. Cível - Rel. P/ o Ac. Des. Wellington Medeiros, DJU de 13.03.2002, p. 42, grifou-se.

21Notou-se isso no seguinte caso concreto: BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Bebedouro, processo n.º 130/99 - Execução Fiscal - Fazenda do Estado de São Paulo x Habastos Comercial Ltda. Constatou da decisão: " ... proceda a SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA efetivada a fls. 07 dos autos pela PENHORA de 30% (trinta por cento) do faturamento bruto da executada, devendo o representante legal da empresa ser nomeado depositário fiel e INTIMADO a depositar mensalmente o percentual acima requerido, esclarecendo ainda que a exeqüente possui meios para conferência do faturamento mensal da empresa bem como que, por tratar-se de 2ª penhora, não há reabertura de

chegando-se mesmo a forçá-lo a aceitar, contra a vontade, o encargo de depositário", existindo casos mais graves, em que a decisão padece de qualquer fundamentação". E, não se pode ordenar a penhora de faturamento, sem que antes exista nos autos uma certidão circunstanciada descrevendo os bens que guarnecem o estabelecimento do devedor, lavrada nos moldes estabelecidos pelo art. 659, §§ 20 e 3º, do CPC²⁴, pois aí não terão sido esgotadas todas as chances de se efetuar uma penhora útil ao credor.

Também observa-se que a Lei n.º 10.522, de 2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (CADIN) e dá outras providências, previu a possibilidade de constrição do

prazo para embargos, de tudo lavrando-se o respectivo auto e INTIMANDO-SE a executada na pessoa de seu representante legal da efetivação do ato."

22BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 234.870.5/0 - Fazenda do Estado de São Paulo x Lagoinha Remanufatura de Motores Ltda. - Comarca de Ribeirão Preto - Relator Desembargador Walter Swensson, DOESP de 03.12.2001. Desse acórdão constou: "Não há impedimento de que o representante legal da executada seja intimado a depositar mensalmente o percentual do faturamento, a ser fixado (limite máximo de 30%) até satisfazer o crédito da exequente. Neste caso, figura como depositário e arca com as conseqüências decorrentes do encargo."

Encontrou-se, também, a seguinte decisão de primeiro grau, forçando a aceitação do encargo de depositário: BRASIL, *Juízo de Direito da Comarca de Viradouro*, execução fiscal, processo n.º 233/95 - Fazenda do Estado de São Paulo x Pedreira Itaporan Terra Roxa Ltda: "Vistos. Fls. 74vo: Razão assiste à Fazenda. Se já houve 04 leilões negativos, com dispendiosas publicações de editais e até a presente data, o débito que é de 1993, ainda não foi pago. De se deferir, portanto, o requerimento da exequente, quanto à penhora de 10% do faturamento (receita bruta mensal) da empresa, a partir de fevereiro/98. Expeça-se mandado para levantamento da penhora lavrada a fls. 20 e realização de nova, nos exatos termos requeridos pelo Procurador da exequente, nomeando-se, como depositário, o sócio-gerente da executada, que deverá ser advertido da possibilidade de prisão civil, como conseqüência de eventual infidelidade do depósito."

23É o que foi constatado na seguinte execução fiscal: BRASIL, *Serviço Anexo das Fazendas I da Comarca de Ribeirão Preto*, processo n.º 619/95 - Fazenda do Estado de São Paulo x Flexbelt Mercantil de Borracha Ltda. No referido processo, houve o seguinte requerimento, por parte da Fazenda: "*MM. Juiz: Requeiro, ante a certidão de fls. 16, e estando a executada em atividades, segundo sua declaração de rendimentos, penhora sobre 5% do faturamento bruto da mesma, nomeando-se o representante legal como fiel depositário, devendo o mesmo depositar a quantia penhorada até o 5º dia útil do mês subsequente à penhora realizada, e assim sucessivamente, até total satisfação do débito.*" Sobreveio então a seguinte decisão: "*Proceda-se nos termos retro. ..*"

24BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 659. Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. (...) § 2º. Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução. § 3º. No caso do parágrafo anterior e bem assim quando não encontrar quaisquer bens penhoráveis, o oficial descreverá na certidão os que guarnecem a residência ou o estabelecimento do devedor."

faturamento, que afirma ser *preferencial* na execução fiscal". Essa lei, contudo, não revogou nem alterou o art. 11, da Lei n.º 6.830, de 1980, que estabelece a ordem que a constrição deve respeitar, notando-se que a revogação, conforme determina a Lei Complementar n.º 95, de 1998, teria de ser expressa". Daí, mesmo havendo dispositivo legal afirmando ser *preferencial* esse tipo de penhora, ela não pode ser determinada sem as devidas cautelas legais, notando-se que, nem o fato de haver uma lei disciplinando o assunto, retira o caráter excepcional da penhora de faturamento.

Mas há grande confusão no tratamento dessa constrição, chegando-se mesmo a afirmar alguns julgados que se trata de verdadeira *falência cemetiede*". Confunde-se indevidamente a penhora de faturamento com a de dinheiro, o que altera sobretudo a ordem de preferência da constrição, afetando também o termo inicial para o cômputo do prazo para a apresentação de embargos. Se for tratada como penhora de dinheiro, os embargos somente serão admitidos depois de depositados os valores correspondentes ao principal e acessórios exigidos, o que pode inviabilizar o exercício do direito de defesa por parte do executado. Ao

25BRASIL, Lei n.º 10.522, de 2002: "Art. 11. (...) § 8º Descumprido o parcelamento garantido por faturamento ou rendimentos do devedor, poderá a Fazenda Nacional realizar a penhora preferencial destes, na execução fiscal, que consistirá em depósito mensal à ordem do Juízo, ficando o devedor obrigado a comprovar o valor do faturamento ou rendimentos no mês, mediante documentação hábil"

26BRASIL, Lei Complementar n.º 95, de 1998: "Art. 9º. A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas."

27Conforme o seguinte acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADRESP 275954-RJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.03.2002, p. 189. No mesmo sentido, afirmando o estado falimentar do executado que tem a penhora de faturamento decretada: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA RENDA DE EMPRESA- ARRECADAÇÃO MENSAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA- DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR _ TELEOLOGIA -INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DE CRÉDITOS - ARTS. 677 E 678 DO CPC - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos arts. 677 e 678 do CPC. II - O art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. O sistema consagrado pelo art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. III - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 1º). IIII - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. IV - Permitir que o Estado se aproprie do faturamento é consentir que o exequente quebre a linha de preferência, fraudando os credores. Bem por isso, o art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz às vezes do síndico na falência. V - A penhora do faturamento (diário ou mensal) funciona como efetiva falência da executada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VI - Agravo Regimental improvido. AGRAGA 289644 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.02.2003, p. 224.

contrário, se a penhora configurar-se como coação de direitos, o prazo para embargar é disparado tão logo lavrado o termo de nomeação do administrador e intimado o executado".

Também é equivocada a jurisprudência que limita a penhora de faturamento em até 30% (trinta por cento) do movimento do executado, pois o administrador judicial não pode cumprir uma decisão de tal envergadura sem considerar a probabilidade de, noutra ponta, não se pagarem até mesmo créditos que gozam de privilégios legais em relação ao de titularidade do exeqüente. Afinal de contas, o Poder Judiciário não pode funcionar como fomentador ou multiplicador de litígios, fazendo com que, para a satisfação de um único credor, inúmeros outros deixem de ser pagos, para que depois busquem igualmente arrebatá-los dos administradores, contratual ou estatutariamente eleitos, a gestão de empreendimentos e, assim, fazer persistir a figura dessa penhora drástica e perigosa.

Por isso, o presente trabalho objetiva uma análise sistemática possível do tema, embora não o esgote nem consiga fazer uma classificação completa de todos os problemas que possam surgir na execução, ou em relação ao executado ou ao próprio exeqüente.

Verifica-se, então, desde a possibilidade de se falar em penhora de faturamento em relação às pessoas físicas ou jurídicas, para fixar seu campo de incidência. Para tanto, define-se o que vem a ser faturamento, discutindo-se a melhor terminologia para se adotar em relação a esse assunto. Mostram-se, ainda, as diferenças entre esse tipo de penhora e outras que possam se apresentar como similares, o que implica considerar as atribuições e responsabilidades do administrador e do exeqüente; verificar o momento em que a constrição se tem por ultimada, para permitir ao executado a oportunidade de apresentação de embargos, os limites quantitativos e temporais dessa coação; analisar os meios de impugnação que podem ser usados, partindo dos embargos, passando pela exceção de pré-executividade, o agravo de instrumento, o mandado de segurança, os embargos de terceiro, a medida cautelar, até a verificação do uso do *habeas corpus*, cuja análise não poderia ser deixada de lado, haja vista as tentativas de se impor ao executado o

28 Nas execuções fiscais, o prazo inicia-se da intimação da penhora ao executado, ao passo que nas execuções de títulos judiciais e extrajudiciais, flui só a partir da juntada do mandado de intimação devidamente cumprido.

exercício do *munus* de depositário e administrador do estabelecimento para, com isso, ficar sob constante ameaça de prisão, possibilitando que se extraia dele um possível pagamento no curso da ação de execução.

Finalmente, a análise da penhora de faturamento não poderia deixar de tecer críticas ao legislador, que precisava inserir na novel legislação acerca da recuperação da empresa, ainda em fase de discussão no Congresso Nacional", instrumentos que permitam um adequado tratamento do instituto, mesmo porque, quando determinado esse tipo excepcional de penhora, isso se afigura como sinal veemente de que a empresa necessita de cuidados urgentes (o que não afasta, mas, ao contrário, exige a implantação de um plano de recuperação), justamente por sua função social necessitar prevalecer sobre os interesses de um ou de outro credor isoladamente considerado, achando-se, atualmente, positivada essa finalidade social praticamente em relação a todas as atividades exercidas pelos particulares".

Será visto, portanto, em que consiste e quais os maiores problemas que a penhora de faturamento pode provocar ao exequente, ao executado e também ao Estado-juiz, iniciando-se pela verificação do que consiste a penhora propriamente dita, para, depois de uma breve introdução, ingressar-se no tema proposto por este trabalho.

29BRASIL, *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/plenario/resulttredfin/PL%204376>> Acesso em 20 nov 2003).

30BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." e "Art. 2035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

1. Primeira parte

1.1. Efetividade da execução

A discussão sobre a efetividade do processo não é nova. Mas os debates sobre o assunto preponderaram em relação ao processo de conhecimento", falando-se até em eliminação de fases procedimentais que seriam inúteis, inclusive com a supressão de alguns dos inúmeros recursos existentes.

A propósito da questão inerente aos recursos, a doutrina chega mesmo a afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição, que serviria para justificar esse enorme cabedal de meios de impugnação das decisões judiciais, não constaria de nosso ordenamento". Não se concorda com essa posição, pois, ao menos implicitamente, o princípio aparece na Constituição de 1988.

Há inúmeros princípios que não estão expressos em nossa Carta Política mas, mesmo assim, são invocados no dia a dia pelos operadores do Direito. Podem-se citar, por exemplo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, embora não escritos, formam um campo axiológico que afasta dos conflitos as soluções que decorreriam da aplicação de raciocínios matemáticos, permitindo flexibilidade na incidência das regras jurídicas mais adequadas a cada caso concreto".

E, embora duplo grau de jurisdição não conste como princípio expresso na Constituição de 1988, acha-se ao menos implícito" em nosso ordenamento,

31Conforme anota Cândido Rangel DINAMARCO, *Execução civil*, p. 21.

32É a posição externada, por exemplo, por Luiz Guilherme MARINONI, que afirma: "Ora, se fosse intenção do legislador constitucional - ao prever os recursos aos tribunais superiores - garantir o direito ao recurso de apelação, não teria ele aberto a possibilidade da interposição de recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau de jurisdição. Na realidade, quando a Constituição garantiu o recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau, ela afirmou que o duplo grau não é imprescindível ao devido processo legal." (José Rogério Cruz e TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do Processo Civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, p. 215). Essa mesma idéia é abraçada por Oreste Nestor de Souza LASPRO (José Rogério Cruz e TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do Processo Civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, p. 190-206).

33Conforme observação feita por Luiz Roberto XAVIER, *A razoabilidade como parâmetro para atuação contemporânea do judiciário*, referindo-se, entretanto, apenas ao princípio da razoabilidade.

34Embora a doutrina afirme, como foi possível ver, que o princípio está implícito na Constituição Federal de 1988, o fato de o Legislador Constituinte ter disciplinado a organização do Poder Judiciário, estabelecendo quais são seus órgãos e fixando-lhes a competência e atribuições, parece ser suficiente para se admitir como explícito o princípio do duplo grau de jurisdição.

consistindo em *garantia de justiça das decisões na medida em que permite o acesso a um outro órgão julgador capaz de analisar novamente a decisão proferida*³⁵, servindo, a bem da verdade, não só como instrumento capaz de proporcionar um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, mas também de meio controle dessa própria atividade estatal".

Todavia, os debates não se restringem ao processo de conhecimento, notando a doutrina que o processo de execução é dos que mais se ressentem da falta de efetividade. Leonardo GRECO enfatiza que *é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia*". Afirmando existir *um novo ambiente econômico*, no qual o patrimônio diversificou-se de maneira antes nunca vista, tendo mais valor, na maior parte das vezes, bens imateriais e intangíveis que os de raiz, esse autor apresenta alguns fatores que levam a essa falta de efetividade da execução, a saber: a) o excesso de processos; b) o seu custo elevado; c) a exagerada morosidade da justiça; d) a inadequação dos procedimentos à satisfação dos créditos", Nesse rol pode-se incluir, sem medo de errar, a certeza de que boa parte da ineficiência da execução se deve também às excessivas previsões que tratam da impenhorabilidade de bens, muitas das quais não se justificam para a realidade de nosso país".

³⁵Eduardo CAMBI, *Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição*.

³⁶Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 75. Esses autores afirmam: *Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do duplo grau de jurisdição*.

³⁷Leonardo GRECO, *A execução e a efetividade do processo*, p. 35.

³⁸Leonardo GRECO, *A execução e a efetividade do processo*, p. 35-6.

³⁹É o caso, por exemplo, da absoluta impenhorabilidade dos salários e rendimentos do trabalho pessoal. Essa regra, por não conter limites, acaba por beneficiar os que auferem remunerações mais elevadas, colocando essas pessoas atrás de um escudo que não se justifica num país em que há uma grande desproporção na distribuição de renda. Seria o caso, de *lege ferenda*, de se limitar a impenhorabilidade a determinado valor, garantindo-se um mínimo intangível e, por outro lado, permitindo a penhora acima dessa importância até porque atualmente parte da remuneração dos trabalhadores pode ser vinculada de forma irrevogável e irretroatável ao pagamento de prestações de financiamentos obtidos junto a instituições financeiras, conforme autoriza a Medida Provisória n.º 130, de 17 de setembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. Só para enfatizar um pouco mais apenas esse ponto, o salário

Somem-se a esses fatores outros tantos que escapam a uma análise jurídica e que têm a ver com a grande mobilidade patrimonial na atualidade, proporcionada pelo notório desenvolvimento dos meios de comunicação e que admitem não só a transferência instantânea de bens e valores por meios eletrônicos, mas também propicia uma ocultação indevida do patrimônio. De um lado, há meios de buscas e fontes de informações que, antes, nem se imaginava existir, como, por exemplo, os endereços constantes dos catálogos eletrônicos, atualizados em tempo real e disponíveis na rede mundial de computadores - a *internet* - , cujo acesso pode ser feito a partir de qualquer lugar do planeta. Existem, ainda, outros bancos de dados de toda ordem, abrangendo desde os de consumidores de determinados produtos, como, por exemplo, energia elétrica e serviços de telefonia, até informações sobre condutas e comportamentos individuais que são usadas na concessão de crédito e nas campanhas publicitárias e lançamentos de novos produtos no mercado. Por outro ângulo, pode-se observar que os indivíduos conseguem, de certo modo, ocultar melhor o patrimônio por conta mesmo desse excesso de informações, em que pese haver mais formas de controle e de invasão da privacidade na sociedade atual do que há poucas décadas.

Assim, a ocultação dos bens permite ao executado barrar qualquer tentativa de efetividade da execução, forçando o credor, num primeiro momento, a buscar certidões, custosas em todos os sentidos, pois a obtenção desses documentos demanda perda de tempo e de dinheiro e, depois, numa fase um pouco mais adiantada, exige a interferência do Poder Judiciário na busca de informações protegidas pelo sigilo, as quais poderão levar à descoberta de patrimônio penhorável ou sugerir a existência de bens que possam ser atingidos pela execução.

A sociedade da informação traz esses inconvenientes, sendo que o executado, pelo simples fato de manter-se inerte, consegue só com esse

mínimo, cujos requisitos e finalidades foram inseridos na Constituição de 1988, também não é fixado em valores elevados, refletindo, de certa forma, o valor que o trabalho em geral possui em um país que se acha em desenvolvimento. Isso leva à idéia de não estar autorizada a impenhorabilidade, ou, ao contrário, de ser possível a penhora de vencimentos mais elevados que os fixados por decretos governamentais.

comportamento descarregar sobre o processo de execução uma carga de ineficácia descomunal, forçando o credor a assumir riscos" e a tomar posições.

Até há bem pouco tempo os credores cuidavam de requerer a suspensão do andamento dos processos que instauravam, depois de encetadas as diligências e as buscas infrutíferas por bens penhoráveis. Aliás, há previsão legal estabelecendo a paralisação da ação nessa hipótese", sendo que não flui nenhum prazo prescricional durante a suspensão do processo por causa da falta de bens que possam garantir a execução".

Todavia, provavelmente a paralisação de execuções movidas contra pessoas jurídicas começou a incomodar determinados credores: se, de um lado não eram encontrados bens penhoráveis, de outro, as atividades do executado persistiam, denunciando certa solvabilidade pela simples existência de um estabelecimento em funcionamento.

Verificaram-se outras situações que também resultam em ineficácia das execuções, mas que não são objeto de análise neste trabalho, mesmo porque há obras específicas e completas sobre o assunto", como a existência de confusão patrimonial ou o desvio de finalidade em relação às pessoas jurídicas e seus sócios, prevendo o legislador a possibilidade de despersonalização dos entes respectivos, cuja positivação no Brasil iniciou-se com o advento do Código de Defesa do

400 credor assume riscos, por exemplo, só pelo fato de indicar bens à penhora, dado que, se houver a interposição de embargos de terceiro, ele será atingido pelos ônus da sucumbência se a pretensão for acolhida na referida medida incidental.

41BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 791. Suspende-se a execução: (...) 111- quando o devedor não possuir bens penhoráveis."

42BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - SUSPENSÃO - NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - ART. 791-111, CPC - PRAZO - VINCULAÇÃO À PRESCRIÇÃO DO DÉBITO - PRECEDENTES - ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL - RECURSO PROVIDO - Sem estar em discussão a prescrição do débito, a execução suspensa com base no art. 791-111, CPC não pode ser extinta por negligência do exeqüente, nem por abandono da causa (arts. 267, 11e 111,CPC), principalmente se restaram atendidas todas as intimações para o prosseguimento do feito. RESP - 327173 - DF - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 24.09.2001 - p. 316.

43Como, por exemplo e bastante atual, Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS, *Desconsideração da personalidade jurídica, análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*.

Consumidor", culminando, a partir daí, com a previsão mais abrangente do Código Civil de 2002⁴⁵.

Surgiu, assim, a figura da penhora de faturamento, tentando-se com ela a obtenção de uma maior efetividade da execução. Mas a feição que foi dada a esse instituto, confundindo-se desde o início essa constrição com a penhora de dinheiro, acabou causando certos desvirtuamentos, percebendo-se mesmo uma tentativa de se surpreender o executado com a sua nomeação para o cargo de administrador, quando seria melhor permitir-lhe uma oportunidade adequada para manifestação, na qual poderia exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa, embora, na execução, a discussão teria de se cingir apenas à possibilidade da penhora, por não haver uma carga preponderante de cognição nesse tipo de tutela jurisdicional.

Conquanto existam esses novos caminhos, pugna-se pela concessão de maiores poderes ao juiz, falando Leonardo GRECO até mesmo em uma nova *teoria da execução*. Esse autor enfatiza ainda que há necessidade de conferência de poderes mais amplos ao juiz da execução, dividindo-os em dois feixes, a saber: a) *poder decisório discricionário*; b) e o *poder de administração*". O primeiro, diz ele, *obriga o juiz a despir-se da função de mero aplicador da lei, para proferir decisões fundadas nos critérios de conveniência e oportunidade*", enquanto que o segundo consiste no *poder de substituir temporariamente o devedor na livre administração da totalidade ou de parte de seus bens, praticando atos de gestão ditados preponderantemente por critérios de conveniência e oportunidade, e não de estrita legalidade*.⁴⁸

448RASIL, *Código de Defesa do Consumidor*. "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

458RASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

"Leonardo GRECO, *A execução e a efetividade do processo*, p. 46.

47Leonardo GRECO, *A execução e a efetividade do processo*, p. 47.

"Leonardo GRECO, *A execução e a efetividade do processo*, p. 47.

Movidos por esse ideário, provavelmente muitos juízes de primeira instância passaram a admitir, sem rigores e formalismos adequados, a penhora de faturamento, fazendo isso na tentativa de encontrar uma maior efetividade no processo de execução.

Todavia, essa visão, de dar poderes maiores e discricionários ao juiz da execução, embora seja guiada pelo princípio da menor onerosidade constante do art. 620, do CPC e que volta os olhos ao próprio devedor, tutelando-o, deve ser encarada com alguns temperamentos, pois o processo consiste em uma garantia dada ao cidadão que visa, em última análise, a própria preservação dos direitos, incluindo os de caráter patrimonial. Não é possível admitir que a técnica seja deixada de lado, descurando-se os operadores do Direito da maior das garantias que o Estado de Direito colocou à disposição do cidadão - o *due process of law* - , sustentando-se que isso faz-se necessário para dar-se efetividade à prestação jurisdicional reclamada pelo interessado.

É importante afirmar que a figura do usufruto de empresa, da qual a penhora de faturamento extrai alguns de seus elementos, acha-se prevista no Brasil, ao passo que, noutros países, esse instituto ainda está em fase de discussão e elaboração legislativa. É o que se dá na Itália, cuja informação nos é passada por Giuseppe TARZIA, que observa uma situação bastante peculiar nesse tipo de constrição: *A execução individual sobre a própria empresa consentiria ao processo de execução resultados que não podem, certamente, ser obtidos com a venda separada dos bens. Viriam, de fato, a ser valorizados e conservados os bens não materiais que fazem parte da empresa, como o valor do impulso (a vviament o), o nome, a marca.*⁴⁹

Embora a penhora de faturamento não objetive a alienação do estabelecimento, o que poderia permitir a obtenção de melhores resultados efetivos dessa universalidade de fato, pode-se extrair dessa lição que esse tipo de constrição será interessante ao credor quando tudo o que existir no estabelecimento não for capaz de assegurar a execução, havendo, entretanto, a possibilidade de se retirar dele frutos que possam servir como garantia de adimplemento da pretensão insatisfeita.

⁴⁹Giuseppe TARZIA, *Problemas atuais da execução forçada*, p. 74.

Privar o executado de seu estabelecimento, implica em afastar a empresa de seu próprio corpo, o que caracteriza uma situação das mais graves, excepcional, como afirma a jurisprudência analisada no curso deste trabalho, exigindo, em razão disso, o respeito a um mínimo de formas e procedimentos cuja existência é justificada pelas próprias garantias individuais dadas a todos os cidadãos pela Constituição de 1988, dentre as quais sobrepõem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Isso quer dizer que a discricionariedade do juiz, proposta por Leonardo GRECO, encontra seus limites na própria lei, notando-se que, na atualidade, embora amplamente difundida e aceita, a penhora de faturamento tem sido permitida pela jurisprudência desde que sejam cumpridos os rigores dos artigos 677 e 678, do CPC, exigindo a nomeação de um administrador cujos poderes, esses sim, realmente podem ser vistos como discricionários e que encontram limites quase que somente no plano que for apresentado ao juiz da execução".

Essa figura retira, de certo modo, boa carga de eficácia que pode ser esperada da penhora de faturamento, mas precisa ser vista como uma espécie de *mal necessário*, haja vista não haver outra maneira de o devedor submeter-se aos efeitos de um processo que agride o seu patrimônio de forma tão ampla e brutal.

Nas sábias palavras de José Carlos BARBOSA MOREIRA, não se pode buscar a efetividade à custa de outros princípios que são tão caros a todos os jurisdicionados e cidadãos.

Para ele, a efetividade depende de inúmeros requisitos, os quais foram elencados sem muito rigor, conforme fez questão de advertir, sendo os seguintes: a) a existência de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos; b) esses instrumentos precisam ser utilizáveis, ao menos em princípio; c) é necessário assegurar condições à exata reconstituição dos fatos relevantes para que o convencimento do julgador corresponda ao que mais puder se aproximar da realidade; d) o resultado do processo deve assegurar o gozo pleno da utilidade a que o jurisdicionado faz jus; e) e, finalmente, a busca desse resultado deve envolver o mínimo de dispêndio de tempo e energia". Esse último item serve de definição do

500bviamente, o administrador encontra limites para exercer as suas funções e atribuições, de um modo geral, na própria lei, que proíbe atos contrários aos estatutos ou contrato social da pessoa jurídica e também os atos que violam a lei.

51.José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual (sexta série)*, p. 17-8.

que se pode entender por efetividade, que nada mais é que a busca de resultados concretos e adequados com o mínimo de esforço possível.

Entretanto, não se pode colocar a efetividade num lugar de destaque, como se fosse um valor absoluto. José Carlos BARBOSA MOREIRA outra vez realça em sua lapidada lição que *nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta;*⁵² Além disso, não se pode desdobrar o feito além da medida do razoável para sua duração: *"Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele."*⁵³

Assim, as questões técnicas não podem ser superadas pela adoção de procedimentos não previstos em lei, pois justamente o primado do *devido processo legal* consiste na garantia maior que o jurisdicionado possui contra as arbitrariedades e abusos.

Então, abrir mão de formalismos para se falar em efetividade pode resultar em problemas maiores que a própria ineficiência do Estado em solucionar um conflito de interesses, haja vista a função social que a empresa desempenha na atualidade.

A penhora de faturamento, então, não pode ser analisada a partir de uma ótica *alternativa*, mesmo porque a escola da livre interpretação do direito não fez discípulos em nosso meio⁵⁴. Prevendo a lei os requisitos para a consecução dessa coação ao patrimônio do executado, não pode o juiz, por certo, esquivar-se desses comandos sustentando que quebram a efetividade da execução, tornando-a um amontoado de atos burocráticos ou, então, argüindo que há necessidade premente de simplificação do processo. Será preciso buscar a melhor aplicação desses

52 José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual (sexta série)*, p. 21.

53 José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual (sexta série)*, p. 22, grifos no original.

54 Conforme observa Carlos MAXIMILIANO em suas lições magistrais (*Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 83-4), a escola iniciada entre 1889 e 1904 pelo bom juiz Magnaud fez discípulos em todo o mundo. Mas da sua trajetória curta e brilhante não ficaram vestígios. Quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses. Essa escola, também chamada por referido doutrinador de *jurisprudência sentimental*, ainda encontra, mesmo assim, elementos de vitalidade impressionantes, podendo ser notados, por exemplo, quando se determina a penhora de faturamento de modo simplista, como se não existisse um rito processual a ser observado, que não exigisse a nomeação de um administrador.

preceitos, pois, afinal, eles buscam evitar que o devedor tenha agredido o seu patrimônio sem, em contra-partida, exercer adequadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa, não podendo ser privado do direito de recorrer à superior instância para assim exercer um melhor controle dos atos jurisdicionais pelo próprio Poder Judiciário.

E aí, a solução técnica, que visa a maior segurança possível ao jurisdicionado, terá de ser prestigiada. José Carlos BARBOSA MOREIRA já disse que

Quem quer que haja tido alguma experiência do foro sabe que problemas de ordem essencialmente técnica sempre estarão presentes no trabalho cotidiano do juiz. Desmerecer-lhes a importância é equívoco tão grave quanto o de deixar-se absorver por completo pela respectiva análise, ou sobrepô-la a tudo o mais. Nenhum processualista que preze a sua ciência tem o direito de desinteressar-se pura e simplesmente das questões técnicas. ⁵⁵

E, arrematando o seu pensamento:

quando porventura nos parece que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtua lida des. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição. ⁵⁶

55 José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual (sexta série)*, p. 27.

56 José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual (sexta série)*, p. 28.

Deve-se desconfiar, portanto, dessa aparente efetividade e simplicidade pregada por credores que requerem a penhora de faturamento e ainda duvidar de que há algo de errado ao apresentar-se como muito simples e fácil a extração de recursos do executado, quando ele nada mais tem a não ser o estabelecimento que lhe permite quiçá ainda viver condignamente, mesmo passando por sérias dificuldades com a manutenção do negócio, as quais ficarão realçadas com a tentativa de realização desse tipo de penhora. Há que se buscar uma solução técnica mais adequada, embora pareça, à primeira vista, quebrar a efetividade antes propalada aos quatro cantos por uma classificação dessa penhora como coação de dinheiro, que seria simplista e eficiente. A adoção da técnica seria um dos melhores meios de se evitar o abuso justamente por visar a preservação das garantias individuais.

A penhora de faturamento, então, não pode ser vista de modo simplista como têm pregado no dia a dia os credores ao externarem suas pretensões, ávidos por verem satisfeitos os seus créditos. A propósito, não há na atualidade uma análise sequer que resolva, para se ter apenas uma idéia inicial, a questão da pluralidade das penhoras de faturamento, não explicando os diversos exequentes como será possível extrair das atividades do executado, simultaneamente, uma dezena ou mais de percentuais de dois dígitos de suas receitas⁵⁷: afinal, será possível penhorar, em uma dúzia de processos, simultaneamente, mais que o valor das próprias receitas que o executado pode auferir?

Também não se pode falar que o excesso de formalismos na realização dessa constrição irá tornar complexa uma situação que antes se apresentava bastante singela. Será mesmo simples a definição de faturamento, quando se expede uma ordem para se reservar um percentual das receitas de um estabelecimento que pratica operações a prazo e à vista? O que o depositário terá

⁵⁷sofrendo várias execuções, processadas concomitantemente em um ou mais juízos, pode acontecer de ser requerida em cada processo a penhora de faturamento do executado. Deferindo-se essa constrição em cada ação, determinando a decisão o recolhimento mensal de 100% do faturamento do estabelecimento, o que sobrar para o devedor pagar outras dívidas e encargos, como, por exemplo, os salários e os tributos, esses últimos nascidos de suas atividades? Na verdade, nesse exemplo constata-se a total impropriedade de se atingir um percentual das receitas, sem que, de outro lado, sejam consideradas as obrigações que surgem pela própria manutenção das atividades do estabelecimento.

de entregar ao juízo da execução? Um percentual das duplicatas emitidas? Nesse caso, por quem e como serão cobrados esses títulos?

Além disso, ao expedir uma ordem como essa, que busca privar o executado de parte expressiva de seu capital de giro, o Poder Judiciário estará indubitavelmente fomentando o aparecimento de muitos outros conflitos de interesses, haja vista que, ao serem direcionados esses recursos para a garantia de uma única execução, quando o executado, já combalido, trabalhando com prejuízos e não conseguindo sequer manter suas atividades, é atingido pela penhora de seu faturamento, deixará claro que ele fatalmente irá deixar de adimplir inúmeras outras obrigações, de toda espécie e natureza, avizinhando-se a insolvência.

Essa propalada e aparente efetividade da penhora de faturamento, no fundo, esconde muitos problemas, os quais, se melhor conhecidos e desvendados, poderão até mesmo dissuadir o exeqüente de buscar a sua realização, mesmo porque, efetivando-se a constrição em seu benefício, terá de responder, pelos prejuízos que causar ao executado quando a penhora for abusiva, ou quando, nula ou indevida, for cancelada.

Assim, para a verificação de alguma efetividade do processo em que é determinada, a penhora de faturamento precisará obedecer a requisitos mínimos que constam do Código de Processo Civil, para que sua existência não fique comprometida e também para que se possa ministrar uma tutela jurisdicional adequada e segura aos contendores e partícipes da execução, seja o exeqüente, seja o executado.

1.2. Da penhora

De regra, a penhora consiste no primeiro ato de coação ao patrimônio do devedor, praticado no processo de execução. Salvo o caso de arresto, é ela a primeira constrição patrimonial, anotando Vicente GRECCO FILHO que é o *ato de apreensão de bens com finalidade executiva e que dá início ao conjunto de medidas tendentes à expropriação de bens do devedor para pagamento do credor*.⁵⁸

Araken de ASSIS busca distinguir a penhora propriamente dita do que denomina de *pré-penhora*, correspondendo esta última a nada mais nada menos que o arresto de bens efetuado conforme o artigo 653, do CPC. Para ele, a pré-penhora ou *penhora antecipada* é regulada pelo direito alemão de modo bastante parecido ao direito pátrio, salvo as diferenças procedimentais".

Luiz Carlos de AZEVEDO⁶⁰ mostra-nos que a penhora não possui natureza cautelar, que exigiria o pressuposto do risco.

Embora seja o primeiro de uma série de atos de coação ao patrimônio do devedor, geralmente não representa uma mudança perceptível a olhos nus na situação de fato em que se encontram as partes. É certo que o exeqüente obtém pela penhora a preferência sobre os bens atingidos pela constrição, mas o executado, regra geral, continua a detê-los em seu poder, conforme será visto logo abaixo.

A despeito disso, Araken de ASSIS observa que a *penhora se materializa pelo desapossamento da res pignorete*". O executado perde sumariamente a posse imediata do bem atingido. Mas ele continua - regra geral, como afirmado - figurando como seu guardião, o que se dá quando nomeado depositário. Como depositário, a posse passa a ser mediata, pois que a exerce em nome de outrem, ou seja, do órgão jurisdicional que determinou a sua realização. Modifica-se, por assim dizer, a relação que o executado mantém com o bem atingido pela constrição.

⁵⁸Vicente GRECCO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 75.

⁵⁹Araken de ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 428.

⁶⁰Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 120.

⁶¹Araken de ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 464.

Sendo ato pelo qual se *determinam quantos e quais bens ficaram sujeitos à execução, vinculando-os daí para frente, à ação de execução, pois será com a expropriação e venda destes bens que o crédito alcançará satisfação definitiva, mediante o correspondente *peqemenic**", a penhora não institui em favor do credor um direito real".

Ela é, essencialmente, um instituto de direito processual, pois se realiza por ordem judicial, no interesse que o Estado tem na efetivação do processo de execução.

Araken de ASSIS enfatiza:

Conquanto instrumental, no sentido de que é a etapa para atos ulteriores, a penhora representa ato executivo, dotado de eficácia satisfativa. Criticando aqueles que valorizam elemento 'cautelar' (rectius: conservativo) do ato, Tito Carnacini observa que, às evidências, 'o fim imediato não é o de conservar' na penhora, o que seria próprio da pretensão à segurança, e, sim, o de transformar bens no objeto da prestação devida. ⁶⁴

Por isso, pode-se até afirmar que os obstáculos criados pelo executado à realização da penhora podem representar atos atentatórios à dignidade da justiça, ficando a parte que assim se comportar sujeita às penas do art. 14, inciso V e

⁶²Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 121.

⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - PENHORAS SUCESSIVAS SOBRE O MESMO IMÓVEL - PRACEAMENTO DO BEM NA EXECUÇÃO IMPULSIONADA PELO CREDOR FISCAL QUE EFETUOU A PRIMEIRA PENHORA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO OUTRO EXEQÜENTE DE TER MANTIDA A PENHORA E RESPECTIVO REGISTRO POR ELE REALIZADA NA EXECUÇÃO QUE AJUIZOU CONTRA O ANTERIOR PROPRIETÁRIO - CPC, ARTS. 612, 709 A 711 - RECURSO DESPROVIDO - 1- O Código de Processo Civil vigente, inovando em relação ao anterior, que acolhia o princípio *par condicio creditorum*, adotou (arts. 612 e 711), o princípio da prioridade da penhora anterior sobre a posterior (prior tempore, potius iure). 11- Havendo duas penhoras sucessivas sobre o mesmo imóvel, não tem o credor que penhorou em segundo lugar direito líquido e certo de manter a penhora que promoveu na execução movida contra o anterior proprietário, não lhe garantindo a lei mais do que recolher, do valor apurado com a alienação forçada, se algo sobejar após a satisfação do crédito do primeiro penhorante, a importância do seu crédito, ou parte dela. A penhora não constitui, por si, direito real. 111 Caso concreto em que o valor da praça não foi suficiente para suprir sequer o crédito do primeiro penhorante. ROMS 11508 - RS - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 07.08.2000, p. 107, grifou-se.

⁶⁴Araken de ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 443.

parágrafo único, do CPC, com a redação dada pela Lei n.º 10.358, de 27 de dezembro de 2001 e também às sanções dos arts. 600 e 601, do mesmo Código.

Essas medidas de natureza disciplinar provam que, a despeito de a execução instaurar-se no interesse do credor, a penhora assume nítido caráter público, pois o Estado, monopolizando a jurisdição, deve ministrar a todos que o acessam a tutela adequada.

Afirmou-se que a penhora não confere direito real em benefício do credor. O que interessa é que o bem não seja subtraído à execução, não sendo indispensável que permaneça no patrimônio do devedor, conforme observa Luiz Carlos de AZEVEDO⁶⁵.

Não há nulidade alguma no ato de alienação do bem penhorado. O que ocorre é a sua ineficácia em relação ao exequente, conforme assevera Vicente GRECCO FILHO, para quem *A alienação eventual posterior é irrelevante para o processo de execução, prosseguindo-se na expropriação do bem ainda que em poder de terceiro. O bem não se torna inalienável ou fora do comércio: simplesmente sua eventual alienação é ineficaz ou irrelevante para a execução.*⁶⁶

Sobre esse assunto, Cândido Rangel DINAMARCO é enfático em sustentar que *inexiste dispositivo legal ou razão jurídica para que a penhora impeça a alienação do bem penhorado*", Como a penhora apresenta uma dupla função (especifica o bem sobre o qual incide e assegura a expropriação forçada), a alienação que *não influa na sujeição do bem à sanção, não é proibida. Ela é, sim, ineficaz perante o exequente, isto é, o ônus acompanha a coisa penhorada e o adquirente não pode opor a este negócio pelo qual se tornara titular de um direito sobre ela.*⁶⁸

A despeito dessa importante opinião, observa-se que o art. 179 do Código Penal tipifica como crime o ato de fraudar a execução alienando bens". A ação penal em tal hipótese, somente se processa mediante queixa do ofendido, que

⁶⁵Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 123.

⁶⁶Vicente GRECCO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, volume 3, p. 75.

⁶⁷Cândido Rangel DINAMARCO, *Execução civil*, p. 289.

⁶⁸Cândido Rangel DINAMARCO, *Execução civil*, p. 290.

⁶⁹BRASIL, *Código Penal*. "Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa."

exige a apresentação da peça acusatória no prazo de 6 meses do conhecimento do fato. A pena para esse delito varia de 6 meses a dois anos, ou multa, não sendo o caso de se invocar a aplicação da Lei n.º 9.099, de 1995⁷⁰. Há também a possibilidade de se falar em estelionato", pois o art. 171 do Código Penal prevê as figuras da *alienação ou oneração fraudulenta*, em que o vendedor ou proprietário silencia-se a respeito da circunstância de pesar o gravame sobre o bem alienado ou onerado e a *defraudação de penhor*, que consiste na alienação não consentida de coisa móvel, quando empenhada".

Esses delitos exigem conduta dolosa do agente, não havendo que se falar em culpa, admitindo a jurisprudência que a alienação da coisa penhorada não configura o crime quando o produto obtido é utilizado para a satisfação das dívidas".

A natureza jurídica da penhora consiste, então, num vínculo processual que pesa sobre os bens atingidos, não se podendo subtraí-los da finalidade precípua que é a de atender à satisfação da execução. Luiz Carlos de AZEVEDO reforça essa idéia sustentando ser a *penhora hoje considerada um vínculo de natureza processual, que faz recair um estigma sobre os bens por ela atingidos, de tal modo que não se poderá afastá-los de sua destinação, qual seja, atender à finalidade da execução.* ⁷⁴

⁷⁰BRASIL, *Lei n.º 9.099, de 1995*. "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial."

⁷¹Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 536, p. 313.

⁷²BRASIL, *Código Penal*. "Art. 171.- (...) Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria. II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias; Defraudação de penhor. ^{III} - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;"

⁷³BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. ESTELIONATO - BEM IMÓVEL - PENHORA - DOLO - AUSÊNCIA DE PROVA - Quem vende imóvel penhorado não comete o crime e estelionato se quita suas dívidas, libera o imóvel da penhora e o transmite sem ônus ou constrangimento para o adquirente que o comprou ignorando a penhora, tudo afastando o dolo do acusado de ter agido de má-fé ao vender imóvel penhorado. ACr 265.073-5 - 1ª C. - Rel. Juiz Sérgio Braga - DJMG 20.04.1999.

⁷⁴Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 127.

Esse vínculo - consequência direta e imediata da penhora, na lição de Luiz Carlos de AZEVEDO⁷⁵ - acompanhará o bem onde quer que ele venha a se encontrar.

Por isso, diz-se que não há nulidade nem anulabilidade no ato do devedor que dispõe do bem penhorado, embora, como visto, possa até mesmo haver previsão no Código Penal quanto à repressão criminal dessa conduta. Tanto é verdade que, se for extinta a execução por falta de um de seus pressupostos processuais, genéricos ou específicos, a penhora desaparecerá, remanescendo íntegro o ato traslativo da propriedade. Nesse caso, também desaparecerá o delito, de maneira que a ação penal em fase de processamento padecerá da falta de justa causa e o agente, se condenado, verá do mesmo modo desaparecer a pretensão punitiva do Estado. Numa situação e noutra, será possível o uso de *habeas corpus* para fazer cessar a coação, tornada ilegal a partir do instante em que a penhora desfez-se com a extinção do processo de execução.

Luiz Carlos de AZEVEDO conclui, com acerto, que os *atos de disposição do bem penhorado são ineficazes perante a ação de execução*",

Em síntese e nas palavras de Araken de ASSIS, *a penhora é ato executivo e não compartilha a natureza do penhor e do arresto.*" Não há coincidência com o penhor porque não configura a instauração de um direito real em relação ao exeqüente ou ao Estado que a determina. Simplesmente, afeta um bem a uma execução, para sua satisfação. Também não se confunde com o arresto, porque neste sobressai a natureza conservativa", ao passo que, na penhora, o fim é converter o bem em dinheiro e proporcionar o adimplemento - forçado, é sabido - da prestação devida.

⁷⁵Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 128.

⁷⁶Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 129.

⁷⁷Araken de ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 444.

⁷⁸Sobre a natureza da penhora, Araken de ASSIS reafirma sua finalidade em recente obra (*Concurso especial de credores no CPC*, p. 188), dizendo que está voltada para a satisfação do crédito do exeqüente, embora reconheça que há um elemento conservativo no ato. São suas as seguintes palavras: "*Embora a medida seja dotada de elemento conservativo, consubstanciado no depósito, o escopo fundamental da penhora não consiste na conservação do bem, mas na satisfação do crédito. O elemento preponderante do ato transparece, na sua ofuscante nitidez, recaindo a penhora sobre dinheiro.*"

Para que a penhora seja ultimada, torna-se preciso individualizar os bens que ela irá atingir, que terão de permanecer no mesmo estado, zelando o depositário pela conservação. São esses dois dos efeitos da penhora: a) a individualização dos bens; b) a necessidade de conservação deles no mesmo estado quando da apreensão.

Os atos de conservação são praticados por um *depositário*, a quem é confiada a guarda e administração dos bens, ficando ele subordinado ao órgão judicial que promove a execução.

Além de retirar a eficácia dos atos de disposição praticados pelo executado, outra consequência da penhora é atribuir ao credor a preferência sobre os bens atingidos pela constrição (art. 612, do CPC).

No entanto, essa preferência não é absoluta. Como bem observa Luiz Carlos de AZEVEDO, *este direito traz caráter processual*, de maneira que não pode se sobrepor à preferência fundada em título legal, anterior à penhora".

Havendo pluralidade de penhoras, instaura-se um concurso entre os credores, cuja resolução se dá conforme o art. 711, do CPC⁸¹, ou seja, a preferência ocorre em relação à constrição mais antiga, cingindo-se a disputa, entretanto, ao produto da arrematação".

Em caso de arresto anterior à penhora, efetuado nos termos do art. 653, do CPC, fixa-se a preferência de acordo com a data em que foi realizado e não de sua conversão em penhora".

⁷⁹ Luiz Carlos de AZEVEDO, *Da penhora*, p. 129.

⁸⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL - CREDOR HIPOTECÁRIO - PREFERÊNCIA - PENHORA DO BEM HIPOTECADO POR CREDOR DIFERENTE - ARREMATAÇÃO - PREFERÊNCIA RECONHECIDA AO CREDOR HIPOTECÁRIO - RECURSO PROVIDO - I - Na linha da jurisprudência desta Corte, a preferência do credor hipotecário independe de sua iniciativa na execução ou na penhora. II - A arrematação de imóvel gravado de hipoteca garante ao credor hipotecário a preferência no recebimento de seu crédito em relação ao exequente. REsp 162464-SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11.06.2001, p. 223.

⁸¹BRASIL, *Código de Processo Civil*. "Art. 711. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora."

⁸²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENHORA. DUPLICIDADE. Com a arrematação extinguem-se as penhoras, devendo a disputa entre os credores cingir-se ao produto daquela ROMS 5229-MG, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 03.04.1995, p. 8126.

⁸³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA PENHORA (CPC, ARTS. 612 E 711). ABRANGÊNCIA DAS FIGURAS DE ARRESTO. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA. I - Em face do princípio *'prior tempore potius iure'*, que teve vigência no

Por outro lado, a preferência pode instaurar-se entre pessoas e não entre penhoras, como nas situações em que há concorrência entre entes públicos, reguladas pelo art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional" ou pelo art. 29, parágrafo único, da Lei n.º 6.830, de 1980⁸⁵. Aliomar BALEEIRO afirmava, quando em vigor a Constituição de 1969, que era duvidosa a validade desses dispositivos, pois o Texto Maior vedava a *qualquer Pessoa de Direito Público Interno a criação de preferências em favor de qualquer delas contra outre.*" Essa questão deu origem à Súmula 563 do Supremo Tribunal Federal, que resolveu pela compatibilidade do texto legal com o da anterior Constituição Federal⁸⁶. Zelmo DENARI aduz que os dispositivos que regulam a preferência entre as pessoas jurídicas de Direito Público interno, na verdade, dispõem acerca de conflitos de competência entre a União, os Estados e Municípios, achando-se em perfeita consonância com o art. 146, inciso I da Constituição Federal atual".

Esse concurso entre pessoas tem lugar, conforme assevera Aliomar BALEEIRO⁸⁹, quando os bens do devedor não são suficientes para cobrir todas as suas dívidas, sendo que, cada credor, terá de receber uma quota proporcional ao crédito respectivo, estabelecendo-se um regime de igualdade. Na verdade, a ordem

direito luso-brasileiro até meados do século XVIII, e que retornou no CPC de 1973, a prioridade na fase do pagamento, inexistindo título legal de preferência, é de quem primeiro penhorou e não daquele que primeiro promoveu a execução. II - Em interpretação sistemática, é de ter-se por abrangida, na expressão "penhora" do art. 612, CPC, as figuras do arresto contempladas nos arts. 653/654 e 813/821 do mesmo diploma legal. RESP 2435-MG, 4ª Turma, Relator Ministro Bueno de Souza, DJU, 28.08.1995, p. 26635. No mesmo sentido: AGRESP 238097-SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU 18.02.2002, p. 410.

84BRASIL, *Código Tributário Nacional*. "Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pro rata; III - Municípios, conjuntamente e pro rata."

85BRASIL, *Lei n.º 6.830, de 1980*. "Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União e suas autarquias; II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata; III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata."

86Aliomar BALEEIRO, *Direito tributário brasileiro*, p. 608.

87BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 563 - "O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único, do art. 187, do Código Tributário Nacional, é compatível com o disposto no art. 9º, inciso 1, da Constituição Federal"

88Ives Gandra da Silva MARTINS (Org.), *Comentários ao código tributário nacional*, v. 2, p. 480.

89Aliomar BALEEIRO, *Direito tributário brasileiro*, p. 608.

de preferência diz que, primeiro determinados credores serão satisfeitos, para que, com o que sobejar do produto da execução, os demais que estiverem logo abaixo no rol estabelecido pela lei passarão a receber os seus créditos, procedendo-se assim e descendo-se nessa ordem ditada pelo legislador. É o que se extrai do art. 187, do Código Tributário Nacional, que dispõe haver, na realidade, um concurso de credores entre os Estados e o Distrito Federal, pois estão em pé de igualdade, e também entre os municípios. Mas em primeiro lugar são satisfeitos os créditos da União e suas autarquias".

Assim, se decretada a insolvência civil ou aberta a falência do executado, os bens penhorados ficarão sujeitos à arrecadação, para que seja efetivada a *par conditio creditorum*. Nesses concursos, serão instauradas as preferências entre as pessoas, de modo que não se poderá invocar a prelação disciplinada pelos artigos 612 e 711, ambos do CPC⁹¹.

De regra, os bens penhorados não podem ser substituídos a requerimento do executado por outros, a não ser por dinheiro, conforme disciplina o art. 668, do CPC, pois essa modificação independe da vontade do credor." Nas execuções

90BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pro rata; III - Municípios, conjuntamente e pro rata." No mesmo sentido está o art. 29 da Lei n.º 6.830, de 1980, que repete a ordem de preferência constante do Código Tributário Nacional.

91BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRIBUTÁRIO. PREFERÊNCIA DEDUZIDA PELO IAPAS, NO CURSO DE EXECUÇÃO FISCAL DA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO QUE SUSPENDEU O LEVANTAMENTO POR ESTA, DO PRODUTO DA ARREMATACÃO. Inaplicação, ao caso, das normas dos arts. 612 e 711, do CPC, já que não se discute direito de prelação, em face de penhoras, mas de preferência entre pessoas de direito público, como previsto nos arts. 187, parágrafo único, do CTN e 29, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/80. Questões relativas à ausência de liquidez e certeza do título da autarquia, de instauração de prévio concurso creditório e de prova da inexistência de outros bens, que não foram prequestionados. Precedentes jurisprudenciais que, por versarem as questões acima enumeradas, não se prestam para a prova da divergência. Recurso não conhecido. RESP 9797-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU 21.10.1991, p. 14743. No mesmo sentido: RESP 9834-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU 01.07.1991, p. 9186.

92BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - SUBSTITUIÇÃO DO BEM POR DINHEIRO - ANUÊNCIA DO CREDOR - DESNECESSIDADE - DEPÓSITO INTEGRAL - EXIGIBILIDADE - A substituição do bem penhorado por dinheiro independe, a teor do art. 668 do Código de Processo Civil, da anuência do credor, mas somente poderá ser deferida se integral o depósito de débito exequendo. AI 572.313-00/7 - 6ª C. - Rel. Juiz Paulo Hungria - J. 18.08.1999, Juris Síntese Millennium, nov dez 2001, ementa 107031 JCPC.668. No mesmo sentido, exigindo a anuência do credor quando a substituição pleiteada não é por dinheiro: 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - SUBSTITUIÇÃO DO BEM TÃO SÓ POR DINHEIRO - NECESSIDADE - EXEGESE DO ARTIGO 668 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL - Realizada a penhora e levado o bem à praça, somente é possível ao devedor requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro, nos precisos termos do artigo 668 do Código

fiscais, admite-se ainda a substituição, independentemente da vontade do credor, do bem penhorado por fiança bancária". Entretanto, com a anuência do exequente, pois em última análise é em benefício dele que se institui o vínculo processual da penhora, é possível falar em substituição por quaisquer outros bens⁹⁴.

Também o exequente poderá requerer a ampliação ou a transferência da penhora, para que recaia sobre bens mais valiosos, quando evidente que o valor dos penhorados não é suficiente para cobrir o crédito objeto da execução e seus acessórios. Essa situação está disciplinada pelo art. 685, inciso 11, do CPC. Na constrição do faturamento, a ampliação não será possível, pois haverá incompatibilidade lógica quanto a esse procedimento. Basta ver que, consistindo em medida excepcional, que pode ser tomada somente depois de esgotados todos os meios e ante a inexistência de outros bens, não haverá como estendê-la para outros mais valiosos, pois é intuitivo que o executado não terá mais nada que possa ser atingido, além do próprio estabelecimento.

Por seu turno, o devedor tem a faculdade de requerer a redução da penhora, e também a transferência para outros bens, de menor valor, quando o dos penhorados for consideravelmente superior ao do crédito. Na penhora de faturamento, a redução será de rigor, até para permitir ao executado a menor onerosidade possível.

Tanto numa situação, quanto noutra (ampliação ou redução), essas modificações da penhora somente terão lugar depois da avaliação", embora a ampliação não seja possível, como já afirmado, em relação à penhora de faturamento.

de Processo Civil. O entendimento flexível admitindo substituição por outro bem, sendo exceção, deve ser interpretado restritivamente, necessitando-se de concordância expressa do credor. Recurso improvido. AI 701.191-00/4 - 10ª C. - Rel. Juiz Marcos Martins - DOESP 15.03.2002, Juris Síntese Millennium, mar abr 2003, Ementa 124398 JCPC.668.

93BRASIL, *Lei n.º 6.830, de 1980*: "Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz: I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente."

94BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. PENHORA - SUBSTITUIÇÃO POR TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA, SEM ANUÊNCIA DO CREDOR - IMPOSSIBILIDADE - A substituição do bem, ou dos bens penhorados, somente será admitida com a anuência do credor, ou se for por dinheiro. AI 14.942-0/180 - 2ª C.Cív. - Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis - J. 20.10.1998, Juris Síntese Millennium, nov dez 2001, ementa 310583 - JCPC.668.

95 Ressalva-se que na execução fiscal, a avaliação normalmente é feita juntamente com a penhora, conforme dispõe o art. 13, da lei n.º 6.830, de 1980.

Observa-se que o registro não é requisito de validade da penhora, ainda que a constrição refira-se a imóveis, mas de eficácia contra terceiros⁹⁶. Sidnei Agostinho BENETI enfatiza essa interpretação, ao analisar o art. 659, § 4º, do CPC, com a redação da Lei n.º 8.953, de 14 de dezembro de 1994:

a) o registro da penhora não é ato dela constitutivo, no que tange ao perfazimento, que se completa com a intimação da penhora ao devedor, independentemente de registro. b) o início do prazo para oferecimento de embargos conta-se a partir da juntada do mandado de penhora, com a intimação do devedor, aos autos, sem obrigatoriedade do registro prévio da penhora; c) o registro da penhora será necessário para conseqüências relativamente à fraude à execução; d) não se levará a hasta pública bem imóvel sem o registro da penhora. ⁹⁷

Com efeito, após o advento da Lei n.º 8.953, de 14 de dezembro de 1994, que acrescentou ao art. 659 do Estatuto Processual o parágrafo quarto, tornou exigível, para se alegar fraude à execução que, além do ajuizamento da ação com a citação válida do devedor ao tempo da alienação e dos indícios de sua insolvência, que a penhora esteja devidamente inscrita no registro imobiliário, de modo a revelar-se eficaz o ato constitutivo perante terceiros. A assinatura do termo de penhora, independentemente do registro, acarreta a vinculação dos litigantes à constrição judicial. Para se dar publicidade ao ato, com eficácia perante outrem, o registro passou a ser exigido por lei⁹⁸.

96BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região: PENHORA DE BEM COM HIPOTECA REGISTRADA - DESNECESSIDADE DE NOVO REGISTRO - O registro da penhora não é requisito de validade do ato, mas fatos de eficácia perante terceiro de boa-fé. A determinação do registro da penhora, mormente quanto já existe o registro da hipoteca do bem penhorado, onera o processo, além do que vai na contramão do entendimento jurisprudencial mais moderno, que se inclina pela dispensabilidade dessa providência. AI 96.04.17206-9 - PR - 3ª T. - Rel. Juiz Amir José Finocchiaro Sarti - DJU 03.06.1998.

97Sidnei Agostinho BENETI, *A penhora de bem imóvel diante da Lei 8.953/94*, p. 324.

98BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO: LEGITIMAÇÃO, FRAUDE À EXECUÇÃO - PENHORA NÃO INSCRITA. 1. A penhora, para valer contra terceiro, precisa estar devidamente registrada. Jurisprudência firmada nos tribunais, que levou à criação da Lei n. 8.953/1994, a qual introduziu o § 4º ao art. 659 do CPC, tornando expressa a exigência. 2. Entende o Superior Tribunal de Justiça que o terceiro, como segundo adquirente, tem

São coisas distintas, até pelas finalidades, a penhora propriamente dita e o registro desse ato, pois este último é exigido não como requisito de validade, mas de eficácia perante terceiros.

Mesmo em relação aos casos anteriores ao advento da Lei n.º 8.953, de 1994, o Superior Tribunal de Justiça vinha exigindo o registro da constrição para afastar a presumida boa-fé de terceiro, adquirente de bem penhorado" ou, então, prova robusta de que ele tinha ciência da existência desse ônus processual".

Também é oportuno observar que a Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, em vigor desde 08 de agosto do mesmo ano, trouxe novas mudanças nas penhoras de imóveis, dispondo que se realizam mediante auto ou termo, *cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.*

Isso significa que o registro da penhora não precisa mais ser feito por mandado, nem exige a expedição de precatórias para que seja ultimado nas execuções por carta, regidas pelo art. 658, do CPC, o que representava um

legitimidade para embargar a execução, presumindo-se em seu favor a boa-fé. 3. Bem imóvel vendido pelo executado, após o ajuizamento da execução, e pelo comprador, vendido a uma terceira pessoa, o terceiro. 4. Recurso especial provido. RESP 246.625-MG, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU 28.08.2000, p. 90.

99BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE AÇÃO DE COBRANÇA. CPC, ART. 593, li. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA. BOA-FÉ PRESUMIDA. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROCEDÊNCIA. I. O Superior Tribunal de Justiça, ainda que relativamente a casos anteriores à Lei n. 8.953/94, hipótese dos autos, vem entendendo que não basta à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no Cartório competente. li. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial não conhecido. RESP 103.719-SP, 4ª Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJU 07.05.2001, p. 144.

100BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL ADQUIRIDO POR TERCEIRO QUANDO NÃO HAVIA TRANSCRIÇÃO DA PENHORA INCIDENTE SOBRE O IMÓVEL. FRAUDE DE EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. ART. 659, § 4º, CPC. ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL. RECURSO PROVIDO. I - No sistema anterior, para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem construído, cabia ao exeqüente, na ausência de registro da penhora, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem. li - Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 8.953/94 acrescentou ao art. 659 daquele estatuto o § 4º, segundo o qual, lia penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro. RESP 214.990-SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11.10.1999, p. 74. No mesmo sentido: RESP 80.791-RJ, 3ª Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJU 08.03.1999, p. 214.

problema a mais para o exeqüente enfrentar, cobrando a distribuição das cartas e o seu acompanhamento quando o imóvel objeto da constrição situava-se fora da comarca ou sede do juízo da execução. Agora, a despeito da regra constante do art. 658, do CPC, a penhora de imóveis pode ser feita no próprio juízo onde se processa a ação de execução, ainda que esses bens se situem noutras comarcas, cabendo ao exeqüente obter a certidão do termo ou auto para promover o registro junto ao cartório de imóveis competente.

Araken de ASSIS confirma essa posição, sustentando que *Domiciliado o executado além dos limites territoriais da comarca da execução, cabe citá-lo por carta precatória, ou rogatória, processando-se o incidente de nomeação perante o juízo deprecante. Lícita, então, a penhora por termo realizado pelo juízo deprecante.*¹⁰¹ Mas ele mesmo afirma que a constrição dos bens situados em lugares diversos do foro da execução será feita por carta, o que parece desabonar a assertiva antes apresentada. Então, veja-se um exemplo: o executado, domiciliado em Ribeirão Preto, é titular de uma gleba de terras na Comarca de Cáceres, Estado do Mato Grosso. Não há uma pessoa, nem qualquer responsável pela coisa em Cáceres. Desse modo, não se justifica a extração de uma carta precatória para que um oficial de justiça, a mando do juízo deprecado (que exerce a jurisdição em Cáceres) vá até o imóvel e o penhore, pois não terá naquele lugar a quem confiar a guarda do terreno. Por seu turno, tanto o executado quanto o exeqüente poderão exercer a guarda desse bem. Bastará, então, que se lavre o termo, o que será feito pelo juízo deprecante, dele se extraíndo a cabível certidão que servirá de base ao registro da penhora junto ao Cartório de Imóveis de Cáceres. Agir de outro modo será tornar o processo de execução um amontoado de formalismos inúteis.

A penhora incide sobre bens alienáveis. Contudo, embora o devedor responda com todos os seus bens - presentes e futuros - pelo cumprimento das obrigações que assume, conforme disciplina o art. 591, do CPC, de tantas exceções que existem atualmente, a impenhorabilidade acaba assumindo ares de regra geral. Isso restringe o crédito, tornando-o também mais caro, com a incidência de juros e encargos mais elevados, pois os riscos de inadimplemento são maiores, sem que exista em contra-partida a possibilidade de execuções efetivas.

¹⁰¹Arakende ASSIS, *Comentários ao código de processo civil*, v. 9, p. 137.

A impenhorabilidade pode ser absoluta ou relativa. Conforme faz ver Moacyr Amaral SANTOS, a de caráter absoluto decorre de lei, estando ligada a motivos de ordem pública ou a sentimentos de humanidade e a princípios de equidade!¹⁰². A impenhorabilidade relativa permite que, à falta de outros bens, a constrição possa incidir sobre os relativamente impenhoráveis.

São, assim, absolutamente impenhoráveis inúmeros bens: a) a residência ocupada pelo executado e seus pertences, salvo os adornos suntuosos e os veículos e sernoventea¹⁰³; b) o direito à meação, enquanto vigente o matrimônio¹⁰⁴; c) o capital formado para o cumprimento de prestação de caráter alimentar, que tenha a finalidade de indenizar ato ilícito¹⁰⁵; d) os bens que, por ato voluntário, não se sujeitam à execução; e) as provisões de alimento e combustível necessárias à manutenção da família durante um mês; f) o anel nupcial e os retratos de família; g) os vencimentos dos magistrados, dos professores, dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para a hipótese de pagamento de prestação alimentícia; h) os equipamentos dos militares; i) os livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; j) as pensões, percebidas dos cofres públicos ou de institutos de previdência, e as decorrentes de liberalidade de terceiro, quando destinados à subsistência do devedor; k) os materiais

¹⁰²MoacyrAmaral SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 276.

¹⁰³BRASIL, *Lei n.º 8.009, de 1990*: "Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados."

¹⁰⁴BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1682. O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial."

¹⁰⁵BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento. § 1º. Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável: I - durante a vida da vítima; II - falecendo a vítima em consequência de ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor. § 2º. O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fideijussória, que será prestada na forma do artigo 829 e segs. § 3º. Se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo. § 4º. Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor. (Redação dada ao artigo pela Lei nO5.925, de 01.10.1973)"

necessários para obras em andamento, salvo se as próprias obras forem penhoradas; l) o seguro de vida'?",

São relativamente impenhoráveis!": a) os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como da mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas (são, entretanto, absolutamente impenhoráveis se estiverem gravados com cláusula de impenhorabilidade); b) as imagens e os objetos do culto religioso, sendo de grande valor.

Como a penhora recai sobre bens passíveis de alienação, a lei acabou instituindo uma gradação, que consta do art. 655 do CPC¹⁰⁶ e também do art. 11 da Lei de Execuções Fiscais'?", variando muito pouco a ordem entre um texto legal e outro.

Importa observar que a Lei de Execuções Fiscais é mais clara que o CPC, pois determina que o arresto ou pré-penhora e a penhora propriamente dita obedecem à ordem preconizada pelo artigo 11, ao passo que no CPC o assunto vem tratado na parte pertinente à indicação de bens pelo executado, de modo que a doutrina interpreta essa norma com certa complacência. Moacyr Amaral SANTOS, por exemplo, afirma que o *oficial de justiça deverá, ao efetuar a penhora, dentro do possível, respeitar a gradação de bens estabelecida no art. 655 do mesmo Código.*¹¹⁰ Apoiando-se em observação de LIEBMAN, ele ainda sustenta que o oficial de justiça teria como adequar a sua conduta para conciliar os interesses das partes e evitar um prejuízo ao executado. Não é possível, com toda a vênia, conciliar os interesses das partes num processo de execução, pois, de um lado, o exequente quer a todo custo a satisfação de seu direito, enquanto o executado resiste a essa

¹⁰⁶Item "d" ao item "l", conforme art. 649, do CPC.

¹⁰⁷Conforme art. 650, do CPC.

¹⁰⁸BRASIL, *Código de Processo Civil*: "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."

¹⁰⁹BRASIL, *Lei de Execuções Fiscais (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 tenha 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."

¹¹⁰Moacyr Amaral SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 299.

pretensão pelo simples fato de ficar inerte, consistindo esse um dos maiores embaraços à efetividade do processo de execução na atualidade.

Embora seja mais clara a redação do artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais, levando a crer que a ordem da constrição teria de, necessariamente, observar a gradação imposta por esse diploma, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que a aplicação desse comando admite temperamentos!.

Mas o que importa saber é se há na lei alguma menção à penhora de faturamento.

Consta da Lei n.º 10.522, de 2002, a indicação de que a penhora de faturamento prefere a outros bens, quando o devedor dá os seus rendimentos em garantia de cumprimento de acordo de parcelamento de débitos fiscais!". Todavia,

111BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 655, § 1º, II DO CPC - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE BENS MÓVEIS - FALTA DE INDICAÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DOS BENS - MERA IRREGULARIDADE - PRETERIÇÃO DA ORDEM FIXADA PELO ARTIGO 11 DA LEI N. 6.830/80 - PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO EXEQUENTE - RECURSO NÃO CONHECIDO. Não restou malferido o comando legal insculpido no inciso II do § 1º do artigo 655 do CPC, pois, os bens submetidos à constrição judicial encontram-se devidamente individualizados e, sendo a executada fiel depositária do Juízo, de concluir que a falta de indicação da correspondente localização, prevista no dispositivo legal sobredito, constitui mera irregularidade, mormente se for lembrada a própria atividade negociada da executada, do ramo da engenharia, a indicar que tais bens podem ser deslocados para canteiros de obras. Quanto à alegada desobediência à gradação estabelecida pelo artigo 11 da LEF, de ressaltar que tal disposição legal admite temperamentos e, para dar azo à desconstituição da penhora, esta deve revestir-se de inequívoca demonstração de eventual prejuízo ao credor. Na hipótese, penhorados bens móveis no lugar de imóveis, bem é de ver que não houve nenhuma demonstração de, com esse proceder, ter-se tornado a hasta pública mais difícil ou onerosa. Ao reverso, os bens móveis, sem demonstração em sentido contrário, poderão atender, a um tempo, ao crédito executando e menor sacrifício do devedor (art. 620 do CPC). Recurso não conhecido. Decisão por unanimidade. RESP 192.075-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU 10.09.2001, p. 369.

112BRASIL, *Lei n.º 10.522, de 2002*: "Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. § 1º Observados os limites e as condições estabelecidos em portaria do Ministro de Estado da Fazenda, em se tratando de débitos inscritos em Dívida Ativa, a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito, exceto quando se tratar de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. § 2º Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela. § 3º O não-cumprimento do disposto neste artigo implicará o indeferimento do pedido. § 4º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido. § 5º O pedido de parcelamento constitui confissão irretratável de dívida, mas a exatidão do valor dele constante poderá ser objeto de verificação. § 6º Atendendo ao princípio da economicidade, observados os termos, os limites e as condições estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda, poderá ser concedido, de ofício, parcelamento simplificado, importando o pagamento da primeira parcela confissão irretratável da dívida e adesão ao sistema de parcelamentos de que trata esta Lei. § 7º Ao parcelamento de que trata o § 6º não se aplicam as vedações estabelecidas no art.

por afigurar-se como medida extremamente onerosa, que inclusive afeta a ordem de preferência dos pagamentos, é de se admitir apenas excepcionalmente esse tipo de penhora, evitando-se com isso a violação ao art. 620, do CPC.

Dentro da gradação legal, se entendido o faturamento como penhora de receitas disponíveis ou penhora de dinheiro, assim considerados os recebimentos de valores efetuados pela pessoa jurídica, a penhora estaria dentro do inciso I do art. 655 e também do inciso I do art. 11 da Lei de Execuções Fiscais.

Noutro giro, se o conceito abranger as expectativas de receitas, ou seja, os créditos favoráveis ao executado, constituídos, em fase de constituição ou mesmo que venham a ser constituídos, ainda que aleatoriamente mas dependente das atividades do executado, a penhora de faturamento ficaria configurada como penhora de direitos, indo para o último inciso da gradação legal prevista tanto no CPC, quanto na Lei de Execuções Fiscais.

Além disso, o CPC disciplina em seus artigos 677 e seguintes a penhora de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola. Porém, há que se analisar se tais dispositivos referem-se de algum modo à penhora de faturamento, observando-se que a penhora dos imóveis em que a empresa acha-se instalada não equivale à penhora do próprio estabelecimento!".

14. § 8º Descumprido o parcelamento garantido por faturamento ou rendimentos do devedor, poderá a Fazenda Nacional realizar a penhora preferencial destes, na execução fiscal, que consistirá em depósito mensal à ordem do Juízo, ficando o devedor obrigado a comprovar o valor do faturamento ou rendimentos no mês, mediante documentação hábil. § 9º O parcelamento simplificado de que trata o § 6º deste artigo estende-se às contribuições e demais importâncias arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na forma e condições estabelecidas pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social." (grifou-se)

113BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL - NÃO CARACTERIZADA PENHORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (ARTIGO 11, § 1º, DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS [LEI N. 6.830/80]) - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA - RECURSO NÃO CONHECIDO. A gradação estabelecida no artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais tem caráter relativo porque objetiva a satisfação da execução da forma mais célere e segura, daí porque poderá ser modificada, consoante as particularidades de cada situação concreta e o interesse de credor e devedor. A recorrida exerceu seu direito de rejeição dos bens ofertados em garantia da execução, em razão da inobservância, pela executada, da ordem legal preconizada no artigo 11 da Lei n. 6.830/80, indicando vários bens imóveis para a constrição. Não houve a penhora do estabelecimento comercial, como tenta fazer crer a recorrente; houve, sim, a constrição judicial de bens imóveis onde se encontram instalados os seus estabelecimentos, fato que não prejudica o livre exercício das suas atividades comerciais. No que respeita à alegada violação ao artigo 620 do Código de Processo Civil, impõe-se o não conhecimento do recurso especial pela ausência do prequestionamento do dispositivo de lei federal tido por objurgado (Súmula n. 282, do Supremo Tribunal Federal), entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada. Não demonstrada a divergência jurisprudencial, na forma regimental exigida, não se conhece do recurso especial. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime. RESP 153.771-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU

O legislador também autoriza o chamado usufruto de empresa que, sendo uma das formas de expropriação!¹¹⁰, será determinado quando encarado como meio menos gravoso para o devedor e, concomitantemente, mais eficiente para o recebimento da dívida!¹¹¹. Esses princípios, o da maior eficiência conjugado ao da menor onerosidade, não podem ser esquecidos na penhora de faturamento, reclamando uma constante verificação e aplicação por parte do órgão julgador.

É preciso saber, ainda, quais os requisitos essenciais para a penhora de faturamento ser considerada como realizada, bem como se o desrespeito à forma descrita na lei implica ou não em algum tipo de nulidade, absoluta ou relativa.

10.09.2001, p. 367.

114BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 647. A expropriação consiste: I - na alienação de bens do devedor; II - na adjudicação em favor do credor; III - no usufruto de imóvel ou de empresa."

115BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 716. O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida."

1.3. Breve histórico da penhora de faturamento

A primeira tentativa de penhora de faturamento de que se tem notícia em nossa jurisprudência e que acabou frustrada ocorreu no final da década de 1980. Ela foi buscada a pedido da Fazenda do Estado de São Paulo, num processo de execução fiscal movido contra uma empresa denominada Fundação HTC Ltda., sediada na cidade de Santo André.

A constrição foi indeferida em primeiro grau de jurisdição, de maneira que a credora, insistindo em sua pretensão, recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de Instrumento n.º 143.891-2 - Santo André, RJTJESP, Lex, volume 120, p. 331 a 333), que, em acórdão da lavra do Desembargador Mário Vitirito, acompanhado pelos Desembargadores Franklin Neiva e Franciulli Netto, este último atualmente integrante da 2ª Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, manteve a decisão, afastando essa modalidade de penhora.

O pleito do credor fazendário tinha por argumento que a penhora em questão poderia ser autorizada com base no art. 11, inciso I, da Lei n.º 6.830, de 1980, que dita a ordem de gradação da constrição em relação às execuções fiscais, colocando o dinheiro em primeiro lugar da referida lista. Queria, a bem da verdade, que a penhora de faturamento recebesse o mesmo tratamento da de dinheiro. Afirmou, então, que a constrição poderia ser feita de maneira bastante simples: determinava-se o recolhimento de um percentual sobre o faturamento da executada, que teria de ser depositado à ordem do juízo da execução.

Dessa decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, constou expressamente:

Entendeu o douto Magistrado, na respeitável decisão agravada, a necessidade de petição fundamentada nos termos dos artigos 716¹¹⁶ e seguintes do Código de Processo Civil (v. fi. 15 v.)

^{1160S} artigos 716 e seguintes do Código de Processo Civil regulam o usufruto de imóvel ou de empresa.

"para autuação e apensamento" e requerendo a interessada "o que for de direito" (id.).

Efetivamente, o artigo 11 da Lei n. 6.830, de 22.9. 1980, dá a gradação de incidência da penhora, e, em seu inciso I, enumera, em primeiro lugar, "dinheiro", o qual, segundo o § 2º, "será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º, ou seja, "à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária".

No particular, JOSÉ DA SILVA PACHECO, em observação ao referido artigo 11 citado, ao tratar da - "penhore excepcional" - preleciona - em coincidência com o determinado pelo Magistrado "Quando a penhora recair sobre a renda ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento, observando-se, quanto ao mais, o disposto nos artigos 716 a 720 do Código de Processo Civil" ("Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal", Ed. Saraiva, 1981, pág. 80, n. 114).

Ou seja, adotou o disposto no parágrafo único, primeira parte, do artigo 678 do Código de Processo Civil - reproduzindo mesmo sua dicção - aos artigos 716 a 720 do Código de Processo Civil, que tratam do "usufruto de imóvel ou empresa" - nos termos e condições que estabelecem: usufruto judicial com finalidade de pagamento - conforme artigo 717 do Código de Processo Civil.

Vale dizer, a penhora fiscal, da lei específica, não coincide com o usufruto judicial do Código de Processo Civil: aquela é uma constrição e este forma de extinção do débito.

E - sempre - ex vi do artigo 716 do Código de Processo Civil - como faculdade do Juiz - "quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida".

Pelo exposto, evidencia-se que o *modus faciendi* pedido pela agravante - penhora de percentual da renda diária da ré e seu depósito pelo meirinho no BANESPA - discrepa do consagrado no

Código de Processo Civil: este administrador (artigo 719) segundo a vontade das partes (parágrafo único, incisos I e II) com as atribuições do artigo 728 e as do parágrafo único do artigo 678 do Código de Processo Civil: apresentar forma de administração e esquema de pagamento, obedecendo, "quanto ao mais, o disposto nos artigos 716 a 720".

Ou seja, é um procedimento menos simplista do proposto pela agravante e - o que é relevante juridicamente - decorrente de normas legais expressas disciplinadoras da situação em tela.

E, na prática, como bem ponderou o ilustre Magistrado sobre a constrição diária - "A penhora de receitas criaria obstáculos à continuidade da exploração econômica, em detrimento da função social desempenhada pela empresa" (fi. 22).

Aliás, é a determinação legal o sentido de que o administrador deve - "prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida" (art. 728, inciso III, do Código de Processo Civil).

Note-se: mensalmente, e não, diariamente.

CELSONO NEVES, em observação específica, ensina: "A prestação mensal de contas, além de permitir controle sobre a adequação do plano de administração judicialmente aprovada, permite ao credor, ir, paulatinamente, recebendo quantias que serão imputadas no pagamento da dívida que deu ensejo à execução" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Forense, vol. VII/163-164, n. 90) previsão legal, aliás, acrescenta-se, a toda evidência, impede a retirada do giro financeiro e comercial de quantias diárias, necessárias à normal atividade da empresa e satisfação imediata de seus atendimentos, mesmo a benefício do credor e sem a ruína do devedor.

3.2 Daí ser infundada a atual pretensão recursal, que deve, na espécie, submeter-se às cautelas previstas no Código de

Processo Civil, aqui aplicadas "subsidiariamente", como admite, aliás, o artigo 1º, da Lei de Execução Fiscal, e, cumpre relevar, sem afronta à disciplina específica da lei especial: esta penhora de dinheiro com depósito atualizado e aquela usufruto judicial da renda, com plano de administração, esquema de pagamento mensal, com finalidade liberatória do débito e - sempre - sem prejuízo ao Fisco concretamente demonstrado.

4. Pelo que precede, nega-se provimento ao recurso.

Custas ex lege.

o julgamento teve a participação dos Senhores Desembargadores Franklin Neiva e Franciulli Netto, com votos vencedores.

São Paulo, 9 de maio de 1989.

MÁRIO VITIRITTO, Presidente e Relator. (grifos no original).

Esse acórdão foi capaz de prever alguns elementos que possibilitaram, desde então, a diferenciação da penhora de faturamento da de dinheiro, os quais são mantidos em inúmeras decisões até hoje. Além disso, ele conseguiu demonstrar que esse tipo de constrição exige a nomeação de depositário, a quem cabe *apresentar forma de administração e esquema de pagamento* orientando nossos tribunais de modo definitivo sobre o assunto, mesmo porque essa linha foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mas não é só. A referida decisão, que referendou a posição adotada também em primeiro grau de jurisdição, vislumbrou que a penhora de faturamento atinge, na verdade, as receitas da devedora, o que poderia pôr em risco a *continuidade da exploração econômica, em detrimento da função social desempenhada pela empresa.*

Inconformada, a Fazenda apresentou recurso especial contra essa decisão do Tribunal Bandeirante, que foi relatado pelo Ministro Carlos M. Velloso (RESP n.º 2.563-SP - 2ª Turma, DJU de 28.6.1990 - JSTJ e TRF, Lex, volume 15, p. 186 a 190), sendo que o acórdão que o resolveu acrescentou unicamente o seguinte ao texto da decisão da Corte local:

O acórdão recorrido decidiu com acerto e, ao contrário do alegado pela recorrente, não contrariou a norma do artigo 11, I, da Lei nº 6.830, de 1980. Não há dúvida no sentido de que esse artigo 11, I, da Lei nº 6.830, de 1980, estabelece, na ordem de nomeação à penhora, em primeiro lugar, o dinheiro. Quer dizer, entretanto, dinheiro disponível, dinheiro em caixa, não a renda diária de uma empresa, de forma simplista, como desejado pela recorrente. É claro que seria possível a penhora recair sobre a renda. Neste caso, entretanto, observar-se-ão as normas inscritas no art. 678, parágrafo único, CPC, com expressa remissão aos artigos 716 a 720, do mesmo estatuto processual. Vale dizer, em tal caso, adotar-se-á o procedimento preconizado no acórdão recorrido.

Não conheço do recurso.

A partir daí, fixou-se, no Superior Tribunal de Justiça, a orientação que parece ser a mais acertada, no sentido de admitir a penhora de faturamento não como penhora de dinheiro:", pois não há disponibilidade imediata de numerário que

117BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE SATISFAZER O CRÉDITO EXEQUENDO - COMPROMETIMENTO DAS ATIVIDADES - NECESSÁRIO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA Nº 07/STJ - 1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de faturamento sobre dinheiro. 2. Em casos excepcionais, quando de outro modo não puder ser satisfeito o débito exequendo, a Primeira Turma desta Corte, admite a possibilidade de a penhora recair sobre o faturamento da empresa desde que não comprometa suas atividades 3. A análise da possível existência de outros bens que possam ser penhorados, sem que a constrição atinja o faturamento da empresa, à míngua de comprovação pelo exequente nas razões do recurso, demanda reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em Recurso Especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. Agravo Regimental improvido. AGA 463953 - SP, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 24.02.2003, p. 207.

No mesmo sentido:

ocasião da efetivação da constrição. Dinheiro futuro, na verdade, não é dinheiro, mas apenas expectativa de dinheiro, ou seja, crédito.

O que importa realçar por ora é a admissão desse tipo de penhora, tomando os tribunais a coação do faturamento como garantia da execução, permitindo-se a constrição desde que haja respeito ao figurino legal, traçado, principalmente, pelos artigos 677 e 678 e também pelos artigos 716 a 729, todos do CPC, que falam em

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA EMPRESA - ARRECADAÇÃO MENSAL DA EMPRESA - FATURAMENTO - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - CPC, ART. 677 - TELEOLOGIA - INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS - GARANTIA FIDUCIÁRIA - DECISÃO RESERVADA AO Juízo DA EXECUÇÃO - I - A penhora em dinheiro pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. Assim, a penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola. II - Na constrição da arrecadação mensal, o numerário a ser penhorado não é certo, já que está condicionado à efetivação de pagamentos. Também não é determinado, pois subordina-se ao montante de tais pagamentos. Tampouco, seria disponível, porque existiriam dívidas preferenciais (salários, tributos federais) a serem honradas. III - O Art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. Semelhante exigência não é gratuita. O sistema consagrado pelo Art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. IV - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (DL 7.661/45, Art. 1º). V - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. VI - permitir que o Estado se aproprie do faturamento é permitir que o exequente quebre a linha de preferência, fraudando os credores por salários e a União. Bem por isso, o Art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz as vezes do síndico na falência. VII - A penhora do faturamento (diário ou mensal) é verdadeira falência camuflada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VIII - Desaparecida a circunstância que tornava desnecessária a garantia fiduciária, cabe ao juízo da execução dizer quanto a sua adoção. ADRESP 275954 - RJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.03.2002, p. 189.

E também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - 1. A penhora sobre o faturamento da empresa somente se admite em situações excepcionais, que devem ser avaliadas à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso da execução fiscal. 2. A penhora sobre o faturamento não equivale à penhora em dinheiro. Se haviam outros bens passíveis de penhora, não é o caso de deferir-se a substituição. 3. Decisão que não reavaliou o contexto fático-probatório, mas partiu de premissa fática incontroversa para aplicar o direito à espécie, a partir da tese jurídica prevalente na Corte. 4. Agravo regimental improvido. AGRESP 407223 - SP, 2ª T., Rel" Min. Eliana Calmon, DJU 05.05.2003, p. 249.

118BRASIL Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA (100/0) - OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS-MATÉRIA PROBATÓRIA - LEI Nº 6.830/80, ART. 11, § 1º - CPC, ARTS. 678, § ÚNICO, 719, 720 E 728 - SÚMULA 07/STJ - PRECEDENTES - A jurisprudência admite a penhora, em dinheiro, do faturamento mensal da empresa devedora executada, desde que cumpridas as formalidades ditadas pela Lei Processual Civil, como a nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento. Impossível, em sede de Recurso Especial, a revisão da matéria fática que embasou a fundamentação de parte da decisão recorrida, a teor da jurisprudência sumulada desta Corte (Súmula 07/STJ). Recurso conhecido e

nomeação de um administrador e apresentação de um plano que terá de respeitar para tocar e gerir o estabelecimento atingido.

Embora a jurisprudência afirme maciçamente a possibilidade dessa penhora, ao mesmo tempo trata-a como medida excepcional", asseverando que sofre inúmeras restrições, até porque dizem alguns acórdãos que *equivale à penhora da própria empresa*" e atinge o estabelecimento, o que, no fundo, retrata

parcialmente provido. RESP 258290 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 23.09.2002, p. 305.

Com igual orientação: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - PROCESSO DE EXECUÇÃO - ACÓRDÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - PENHORA SOBRE FATURAMENTO DE EMPRESA - POSSIBILIDADE - REQUISITOS - NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA - ORDEM LEGAL - Presente a coesão lógica entre a fundamentação e a parte dispositiva do julgado, afasta-se a contradição alegada. As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal têm admitido a penhora sobre o faturamento da empresa, desde que, cumuladamente: a) o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução' ou insuficientes a saldar o crédito demandado, b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, arts. 678 e 719) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. A penhora sobre o faturamento de empresa constitui penhora sobre dinheiro e não penhora sobre direito ou ações; em consequência, deve prevalecer sobre a penhora de bens móveis. RESP 418129-SP, 3ª T., Relª Mina Nancy Andrichi, DJU 24.06.2002, p. 302.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA - REEXAME DE PROVA - NÃO CONHECIMENTO - PENHORA - PERCENTUAL SOBRE RENDA LÍQUIDA DE EMPRESA - POSSIBILIDADE - É imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses, o que não ocorre no recurso em exame. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula nº 7/STJ). Renda de empresa é dinheiro, para fins do disposto no art. 655, I, do Código de Processo Civil, por isso mesmo que, em caráter excepcional, desde que observado o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, pode ser penhorada. Ainda que sendo aceita excepcionalmente a realização da penhora em renda de empresa, nem por isso essa renda pode ser integral e indiscriminadamente penhorada, devendo ser aplicada pelo juiz com temperamento, pois que as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias têm preferência, por fortes motivações sociais, sobre o pagamento das demais obrigações. Uma vez dirigindo-se a penhora sobre o faturamento de empresa, recomenda-se que recaia sobre um percentual do faturamento bruto, considerando-se as peculiaridades de cada caso. Na hipótese, contudo, a penhora já havia sido procedida sobre trinta por cento da renda líquida, que deve ser mantida, pelas peculiaridades da espécie. Recurso não conhecido. RESP - 251151 - RJ - 4ª T. - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - DJU 22.10.2001 - p. 327.

119BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA FAZER SUBIR RECURSO ESPECIAL - PENHORA SOBRE FATURAMENTO DE DINHEIRO FUTURO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO - 1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, entendeu em não emprestar caminhada ao Agravo de Instrumento, negando-lhe, assim, provimento. 2. Acórdão a quo que negou a constrição judicial de dinheiro futuro a ser realizada através da penhora do faturamento da agravada. 3. Ausência do necessário prequestionamento, visto que os dispositivos legais indicados como afrontados não foram abordados, em nenhum momento, no âmbito do voto-condutor do aresto hostilizado. 4. Não se conhece de recurso especial fincado na alínea "c", inciso III, do art. 105, da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente

uma afirmação verdadeira, pois, para apoderar-se da renda ou frutos, é preciso primeiro atingir a fonte de sua geração.

Afinal de contas, seria a penhora de faturamento uma penhora de receitas ou realmente atingiria a própria empresa? Ou consistiria na penhora do estabelecimento, que seria a fonte das receitas, que é coisa bem diversa?

A doutrina trata do assunto de forma bastante esparsa, mas não se aprofunda nele, sendo encontrados apenas alguns artigos¹¹ sem uma

demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do artigo 541, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§, do RISTJ. 5. Agravo regimental improvido. AGA 277246-(199901134420)-RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJU 05.06.2000, p. 133 - grifou-se.

¹²São inúmeras as decisões encontradas com essa visão de excepcionalidade da medida, podendo ser citadas, a título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 4567/SP, 2ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 12.08.2002, p. 181; AGA 369162/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 03.06.2002, p. 153; AGA 402285/SP, 3ª Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU de 25.03.2002, p. 283.

¹²Essa posição acha-se bastante clara no acórdão do Recurso Especial n.º 311.394-PR, 1ª Turma, relatado pelo Ministro GARCIA VIEIRA, DJU de 20/08/2001, p. 386, de cujo texto se extrai a seguinte passagem: "Quanto ao mérito, devo dizer que, inicialmente, esta Turma entendeu que poderia penhorar 30% do rendimento da empresa, mas, depois, a Turma e a própria Seção mudaram a orientação e não permitem mais a penhora do rendimento da empresa, porque isso equivale a penhorar a própria empresa. Nesse caso, teríamos que nomear um administrador e fazer um plano de administração da empresa. É nesse sentido que temos votado nesta Turma. Fui vencido inicialmente e depois tive que reformular o voto. Se houver penhora do faturamento ou do rendimento, a empresa pode ficar inviável. Inúmeros são os precedentes de ambas as Turmas de Direito Público nesse sentido, bastando citar, à guisa de exemplo, os julgados nos REsp. 246.821/SP e 251.087/SP, ambos da minha relatoria (DJ 02.05.2000) e DJ 01.08.2000, respectivamente); o AGREsp. 265.348/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO (DJ 27.11.2000); e AGRMC 2.774/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO (DJ 27.11.2000).

¹²20 Comentários ao Código de Processo Civil consultados referem-se apenas à penhora ou usufruto de empresa, matéria regulada pelos artigos 677, 678 e 716 e seguintes, não tratando do tema como penhora de faturamento. É o caso dos Comentários ao Código de Processo Civil, volume 9 - *Do Processo de Execução* - arts. 646 a 735, de Araken de ASSIS. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 239 e seguintes. Também a obra *Direito Processual Civil, volume 3 (Processo de Execução a Procedimentos Especiais)*, 16ª edição, atualizada, 2003. São Paulo: Editora Saraiva, de autoria de Vicente GRECCO FILHO considera tão só a penhora de estabelecimento ou empresa, não analisando a constrição de faturamento. Celso NEVES, confundindo a empresa com o estabelecimento, comenta apenas a penhora sob essa ótica, não analisando a constrição de faturamento (*Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, volume VII (arts. 646 a 795), 4ª edição, 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense). Pontes de MIRANDA assevera que o escopo do art. 677, do CPC consiste na "*continuidade efetiva do funcionamento*", sendo que também trata como sinônimas as expressões *empresa* e *estabelecimento*, mas não estuda a penhora de faturamento (*Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo X - Arts. 612 - 735 - 2ª edição, revista e aumentada. Atualização legislativa de Sergio Bermudes, 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 248/249. p. 99. À guisa de exemplos, citam-se os seguintes artigos que foram consultados: José Carlos BARBOSA MOREIRA, Aspectos do "usufruto de imóvel ou de empresa" no processo de execução, REPRO, v. 26, p. 9-20; Humberto THEODORO JÚNIOR, A impossibilidade da penhora do capital de giro, Revista Forense, v. 340, p. 113-119; Antônio de Pádua Ferraz NOGUEIRA, Limites à penhora do exercício do usufruto, RT, v. 638, p. 50-52; Luiz Fernando Gama PELLEGRINI, Empresa concessionária de serviços públicos. Penhora de bens móveis e imóveis.*

sistematização mais adequada e sem também se discutir o que vem a ser *faturamento*: não se sabe se essa penhora significa coação de receitas, de rendas, de faturas emitidas ou, então, penhora de estabelecimento ou usufruto de empresa. A maneira simplista de se determinar a sua realização, ordenando-se ao administrador o depósito mensal de um percentual do faturamento, já coloca um sem número de problemas à frente do órgão julgador, pois, se na maioria das vezes, o executado efetua transações a prazo, logo de cara não é possível determinar sobre o que, na verdade, esses valores serão calculados para que os depósitos acabem feitos à ordem do juízo da execução.

Penhora da empresa. Usufruto da empresa pelo credor, RT, v. 688, p. 261-264; Eduardo Rocha DIAS, *Penhora de faturamento e princípio da proporcionalidade*, ROOT, v. 38, p. 41-45; Carlos Henrique ABRÃO, *Depósito judicial na penhora de faturamento*, ROOT, v. 59, p. 7-12; Nelson MONTEIRO NETO, *Execução fiscal: incidência da penhora sobre a renda da empresa*, ROOT, v. 77, p.92-99.

1.4. A penhora de faturamento em relação ao devedor: atinge as pessoas físicas ou as jurídicas? Ou ambas?

A penhora de faturamento é uma coação que, de regra, pode atingir somente as pessoas jurídicas. Pois, só elas, em princípio, auferem receitas ou geram a expectativa de recebê-las. As pessoas físicas não estão sujeitas a esse tipo de constrição, embora existam algumas poucas exceções.

É o que ocorre, por exemplo, com a pessoa que promove, em seu próprio nome, a incorporação imobiliária. Nessa hipótese, o incorporador sofre uma equiparação às pessoas jurídicas, embora possa executar a incorporação sem constituir uma sociedade". Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, *O incorporador, dentro da doutrina de que fomos pioneiro e que nem a má redação da lei conseguiu perturbar, é uma empresa. Pessoa física ou jurídica, comerciante ou não comerciante, o incorporador se caracteriza pela sua atividade!*" Ele irá, no exercício dessa atividade, auferir receitas, de maneira que a penhora de faturamento será possível.

Também outra exceção que admite a penhora de faturamento de pessoa física consiste no produtor rural. O Estatuto da Terra prevê o conceito de empresa rural, dispondo ser um empreendimento organizado e explorado tanto por pessoas físicas quanto por jurídicas". O novo Código Civil também estabelece a figura do

123BRASL, *Lei n.º 4.591, de 1964*: "Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção. Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras."

124CaioMário da Silva PEREIRA, *Condomínio e incorporações*, p. 248.

125BRASIL, *Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 1964)*: "Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, definem-se: (...)VI - Empresa Rural é o empreendimento de pessoa física ou jurídica pública ou privada que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico ... (vetado) ... da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas

empresário rural, equiparando-o *para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.*¹²⁶, dispensando-lhe *tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, juntamente com o pequeno empresário!*".

Pode-se extrair desses exemplos que a regra está no sentido de não ser cabível a penhora de faturamento em relação às pessoas físicas ou naturais, pois os valores que arrecadam ou auferem têm natureza alimentar, servindo para prover ao sustento próprio e ao da família. Entretanto, sempre que houver o exercício de alguma empresa, assim considerada uma atividade profissional organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços:", haverá receitas, de sorte que a penhora de faturamento poderá ser feita.

Surge, então, uma dúvida, que diz respeito à seguinte questão: as sociedades simples, que congregam pessoas que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, têm faturamento? Se têm, ele é passível de penhora?

Não há dúvida de que qualquer sociedade (as simples aí incluídas) auferem receitas, sendo que possuem faturamento. No entanto, no caso das sociedades simples e conforme será melhor colocado abaixo, a penhora das receitas das mesmas não será possível, haja vista a existência de previsão legal estabelecendo a exclusão nesse sentido, prevista no art. 649, inciso IV, do CPC, pois é assente a idéia de que esses recebimentos têm natureza alimentar!".

cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias;"

126BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro."

127BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes."

128Nesse sentido, aliás, está o conceito de empresa dado pelo Código Civil de 2002: "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa."

129BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - PRECATÓRIO - DECISÃO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL - ATO ADMINISTRATIVO - VIABILIDADE DO EXAME EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA ALIMENTAR - PREFERÊNCIA NA ORDEM DOS PRECATÓRIOS - PRECEDENTES DO STJ E DO STF - 1. Os atos do Presidente do Tribunal nos processos de precatório, são de natureza administrativa. Como ato administrativo está sujeito ao controle pelas vias normais ou por intermédio

No caso de firma individual, a penhora de faturamento poderá incidir sem nenhum problema, mesmo porque ela consiste numa empresa, ou seja, é atividade organizada, voltada para a consecução habitual de uma profissão que visa a produção ou a circulação de bens ou de serviços, possuindo faturamento. *A firma individual é a do empresário que comercia isolado*, conforme leciona Rubens REQUIÃO¹³⁰. Esse conceito não mudou com o Código Civil de 2002, que chega a afirmar que o estabelecimento consiste no *complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária* (art. 1.142). O professor paranaense enfatiza:

*A firma individual, do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, chama-se também de empresa individual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (Ap. civ. n.º 8.447 - Lajes, in Boi. Jur. ADCOAS, nO18.878/73).*¹³¹

Embora se confundam os patrimônios da firma individual e do seu titular!", o faturamento abrange tão só as receitas das atividades da empresa, mesmo porque outras rendas ou recebimentos afetos à pessoa do titular poderão estar fora do campo da penhorabilidade. É o caso dos rendimentos decorrentes do da ação de mandado de segurança. Precedentes do STJ. 2. Os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, possuem natureza alimentar. 3. Incluem-se, portanto, na ressalva do art. 100 da Constituição da República. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso provido. ROMS 12059 - RS - 2ª T. - Relª Min. Laurita Vaz - DJU 09.12.2002, p. 317.

¹³⁰RubensREQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 177.

¹³¹RubensREQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 76.

¹³²BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL CONTRA FIRMA INDIVIDUAL - INDEFERIMENTO DE PENHORA SOBRE BENS DO PATRIMÔNIO PESSOAL DO TITULAR - POSSIBILIDADE - Não existe distinção entre o patrimônio da firma individual e o da pessoa física do comerciante, porquanto os dois confundem-se, respondendo este ilimitadamente pelos débitos constituídos por empresa individual (acórdão n04482, Sã Câmara Cível desta corte). Recurso provido. AI 0104049-5 - (7419) - Sã C.Cív. - Rel. Des. Bonejos Demchuk - DJPR 10.09.2001.

recebimento de aposentadoria ou provenientes de vínculo de trabalho assalariado, uma vez que nada impede ao empresário individual o exercício de outras atividades, desde que não sejam incompatíveis com a empresa, nem havendo restrição a que tenha rendimentos de aposentadoria.

Foi possível levantar dois argumentos fortes para afastar esse tipo de constrição em relação às pessoas físicas, dentre as quais, acham-se os prestadores de serviços em geral, que exercem as suas atividades como trabalhadores autônomos.

Os prestadores de serviços, quando exercem as suas atividades de modo rudimentar, sem uma organização adequada e sem um estabelecimento, assim entendido o acervo de bens, materiais e imateriais de que se utilizam!", embora até possam deter seus próprios meios de produção (como ferramentas, equipamentos etc.), não serão atingidos pela penhora de faturamento, pois não se enquadrarão no conceito de empresa: existem as atividades organizadas, mas falta-lhes, por certo, o estabelecimento.

Waldirio BULGARELLI define a empresa com o que chama de *empresarialidade*:

expressão que traduz a unidade global do fenômeno sócio-econômico. No que consiste esta empresarialidade, que, naturalmente, na evolução histórica, se opõe à antiga teoria dos atos do comércio, pode-se aferir pela configuração do conceito pleno de empresa, entendida como exercício profissional da atividade econômica organizada, englobando o empresário, por via do agente que exerce a atividade, e o estabelecimento pelo significado de organização das atividades referidas aos bens organizados. Ou se se preferir o conceito descritivo, analítico: atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens. ¹³⁴

133BRASIL, Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002): "Art. 1142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. "

134Waldirio BULGARELLI, *A teoria jurídica da empresa (análise jurídica da empresarialidade)*, p. 155.

Para que haja a penhora de faturamento, há necessidade de se conjugarem esses três elementos: o empresário, sujeito central da empresa; a própria empresa, que nada mais é que a atividade organizada; e, finalmente, o estabelecimento, *complexo de bens organizados que o empresário utiliza, e como tal objeto de negócios jurídicos autônomos e a atividade econômica organizada de produção de bens e serviços para o mercado.* ¹³⁵

Com o advento do Código Civil de 2002, não é mais possível confundir *estabelecimento* com *empresa*, havendo vozes de peso na doutrina que faziam isso no passado. Pontes de MIRANDA, por exemplo, dizia que *Chama-se empresa ou estabelecimento ao exercício profissional de atividade econômica, que se organize para a produção ou distribuição de bens ou serviços*" e continuava o equívoco sustentando que *Ao complexo de bens que se destina ao exercício do empreendimento, se comercial, chama-se fundo de comércio, termo que se estendeu a qualquer fundo, industrial ou agrícola, com prejuízo para a terminologia científica.* ¹³⁷

Empresa é a atividade organizada, que visa obter o lucro. Consiste num fato jurídico!". O estabelecimento é o lugar em que se exerce essa atividade, podendo atualmente até se configurar como virtual!". O empresário, por seu turno, consiste no elemento subjetivo que irá praticar a atividade no estabelecimento.

Portanto, quando as atividades da pessoa não se encaixarem à idéia de empresa, faltando assim qualquer um dos três elementos já referidos anteriormente

¹³⁵Waldirio BULGARELLI, *A teoria jurídica da empresa (análise jurídica da empresarialidade)*, p. 154.

¹³⁶Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo X, p. 249.

¹³⁷Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo X, p. 249.

¹³⁸Erasmão Valladão Azevedo e Novaes FRANÇA, *Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades*, Revista do Advogado n.º 71, p. 15-25. Esse professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo realça: "O empresário, ou sociedade empresária o que é? É o sujeito de direito. O estabelecimento comercial é objeto de direito. E a empresa, no sentido de atividade, é um fato jurídico." (grifas no original).

¹³⁹Marcos Paulo de Almeida SALLES, *Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito?* Revista do Advogado n.º 71, p. 73 a 79. Esse autor afirma: "A segunda metade do século XX proporcionou grandes transformações nos bens que constituem a universalidade do estabelecimento, sem mudar o seu conceito, mas alterando-lhe sobretudo a concepção. A clientela do estabelecimento tradicional, que se afinava comparativamente com a freguesia, passa a poder ser definida como o conjunto de usuários, ao lado do conjunto de consultentes do estabelecimento virtual."

(empresário + estabelecimento + atividade econômica organizada), será certo dizer que não poderão os rendimentos ou ingressos de valores ser atingidos pela penhora de faturamento, dado que, em tal hipótese, não existirão receitas, nem faturamento. Os rendimentos poderão configurar, quando muito, alguma forma de remuneração, mas, repita-se, não será faturamento, cujo conceito será melhor estudado em capítulos próprios, que tratarão dos significados da palavra faturamento e o emprego da expressão proposto neste trabalho!".

É sabido que o conceito de remuneração provém do Direito do Trabalho. Para Amauri Mascaro NASCIMENTO,

Os vocábulos salário e remuneração, embora empregados às vezes como sinônimos, não têm a mesma significação. Remuneração é um gênero, do qual o salário é uma espécie. A remuneração é a totalidade dos pagamentos habitualmente efetuados ao empregado periodicamente, incluindo as atribuições econômicas emanadas diretamente do empregador, como comissões, gratificações, adicionais, prêmios etc., como aquelas provenientes até mesmo de terceiros, como as gorjetas. Salário é, no seu sentido próprio e restrito, o pagamento também periódico e habitual, mas diferenciado, porque se baseia no critério tempo, obra ou em ambos, combinadamente. No entanto, como a palavra salário vem sendo entendida num sentido amplo de remuneração, a tendência que se nota é no sentido de uma absorção de conceitos, prevalecendo o vocábulo salário para designar o conjunto dessas diversas figuras. ¹⁴¹

Muito embora o Direito do Trabalho ocupe-se do conceito de remuneração para afirmar que corresponde a todos os pagamentos efetuados ao empregado,

¹⁴Vide os seguintes capítulos: 1.6. O conceito de faturamento, itens 1.6.1. Significados da palavra faturamento e 1.6.2. O emprego da expressão penhora de faturamento, proposto neste trabalho; 1.7. Diferenças entre penhora de faturamento e outras penhoras; 1.8. Penhora de faturamento, penhora de estabelecimento, penhora de empresa, penhora de renda, penhora de capital de giro: a denominação escolhida.

141R.Limongi FRANÇA [Coord.], *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 64, p. 499.

direta ou indiretamente pelo empregador, esse termo tem significado mais amplo, sendo usado também em relação aos trabalhadores autônomos!".

Se se trata de remuneração por trabalho efetuado, confirma-se, a partir daí, o outro argumento que impede esse tipo de penhora em relação às pessoas físicas de um modo geral. Ainda que a remuneração seja equiparada a faturamento ou a receitas, ela não poderá ser atingida, uma vez que incide a proibição contida no art. 649, incisos IV e VI do CPC, ou seja, são absolutamente impenhoráveis os frutos do trabalho pessoal, assalariado ou não, face a sua natureza eminentemente alimentar, bem como os instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão!".

142BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. AÇÃO DE COBRANÇA - AUTOR QUE, MEDIANTE CONTRATAÇÃO ESPECÍFICA, NA CONDIÇÃO DE AUTONOMO, PRESTOU SERVIÇOS DE ASSESSORIA NA ÁREA CONTÁBIL PARA A MUNICIPALIDADE, DURANTE CERTO LAPSO DE TEMPO - FALTA DE PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO AJUSTADA EM DETERMINADO PERÍODO - Provas documental e testemunhal coligidas na instrução atestando a veracidade dos fatos ventilados na petição inicial - Dívida satisfatoriamente positivada - Procedência da demanda - Sentença confirmada em grau de reexame necessário. RN 134812700 - (10624) - SÃO JERONIMO DA SERRA - 5ª C.Cív. - Rel. Juiz Duarte Medeiros - DJPR 05.05.2000.

143BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - Penhora de honorários médicos. A impenhorabilidade decretada no inciso IV, do artigo 649, do CPC deve atingir toda e qualquer remuneração por trabalho desenvolvido, independentemente de sua denominação, em face de seu caráter alimentar. Agravo desprovido. AGI 70004347688 - 12ª C.Cív.- Rel. Des. Marcelo Cezar Muller - DJRS 05.12.2002.

No mesmo sentido:

BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. EXECUÇÃO - PRETENDIDA PENHORA DE RENDIMENTOS AUFERIDOS COM SERVIÇOS DE TAXI - INADMISSIBILIDADE - Recurso do agravado improvido. Voto vencido. A impenhorabilidade relativa do art. 650, I, do CPC, supõe que os frutos e rendimentos sejam penhoráveis. II - Os rendimentos da prestação de serviços como motorista de táxi, por se tratarem de remuneração de natureza alimentar, frutos do seu trabalho, são impenhoráveis, na dicção ampla do art. 649, IV, do CPC. AI 0057676700 (4807) _1ª C. Cív. - Rel. Juiz Munir Karan - DJPR - 12.08.1994.

BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. PENHORA -Incidência sobre subsídios de vereador. Inadmissibilidade. Cargo eletivo que se constitui em trabalho, remunerado por subsídio. Vereador que se enquadra no conceito lato de funcionário público, em razão do serviço que presta ao Estado. Impenhorabilidade dos vencimentos dos funcionários públicos e dos salários (CPC, artigo 649, IV). Irrelevância de o nomen juris ser subsídio, o que não transforma a natureza jurídica de remuneração pelo trabalho executado. Agravo provido, para cassar a ordem de penhora. AI 1031884-0- (41438) - Palmital- 3ª C. - Rel. Juiz Carvalho Viana - J. 02.10.2001, Juris Síntese Millennium, set out 2002, ementa 100230691.

1.5. Classificação da penhora de faturamento: penhora de direitos ou de dinheiro?

É preciso resolver a questão de saber se a penhora de faturamento consiste em penhora de dinheiro ou de direitos, pois cada qual encontra uma disciplina diferente junto ao CPC e também à LEF.

Como a natureza jurídica da penhora consiste num vínculo processual, torna-se imperioso resolver qual a gradação legal que ele possui, pois o CPC (art. 655), tanto quanto a LEF (art. 11) colocam a penhora de dinheiro em primeiro lugar, ao passo que a penhora de direitos consta do último item de cada uma das ordens legais.

Essa questão merece ser resolvida até porque dela surgem situações jurídicas que interessam tanto ao exeqüente quanto ao executado. Ao exeqüente, para aquilatar se a indicação de bens feita pelo executado, quando oferece bens, está ou não respeitando a ordem legal quando deixou de lado o faturamento, apresentando outros bens no seu lugar, pois viu-se que a primeira tentativa de realização dessa penhora pretendia equipará-la à constrição de dinheiro, o que até hoje move os credores na busca dessa constrição. Ao executado, para saber se outros bens poderão figurar em melhor posição que o faturamento na ordem de preferência!". Também em relação ao devedor, como a LEF trata em seu art. 11,

144Háum acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial n.º 529.256-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz FUX, DJU de 28.10.2003 que admite como justa a recusa do credor à oferta de faturamento à penhora. A ementa da decisão diz o seguinte: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. OFERECIMENTO COMO GARANTIA EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR PARA A OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. RECUSA DO CREDOR. 1. É lícito ao credor recusar bem oferecido à penhora, postulando a observância da ordem legal prevista no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, mormente em se tratando de penhora sobre o faturamento da empresa, providência de caráter excepcional. 2. A análise de inferência que implique no revolvimento do contexto fático-probatório dos autos é inviável em sede de Recurso Especial. Súmula 07/SJT. 3. Recurso Especial não conhecido.". Observa-se, pelo texto do voto que conduziu esse julgamento, que, embora o recurso especial não tenha sido apreciado ante o alegado impedimento decorrente da Súmula n.º 7 do próprio STJ ("Pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."), chegou-se a dizer que pela "... leitura atenta do v. Aresto recorrido revela que o pleito deduzido na presente demanda fora indeferido por mostrar-se a garantia oferecida inidônea." "Ademais, conforme vem reiteradamente decidindo o Superior Tribunal de Justiça, é lícito ao credor recusar bem oferecido à penhora, postulando a observância da ordem legal prevista no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, mormente em se tratando de penhora sobre o faturamento da empresa, providência de caráter excepcional.

não de uma ordem para a indicação de bens à penhora, mas a preferência que a constrição deve respeitar, para saber se, havendo outros bens, poderão ser considerados e então desfeita a penhora de faturamento, mesmo porque a execução fiscal também deverá observar o art. 620 do CPC, que traz o princípio da menor onerosidade para o devedor.

A penhora de faturamento afigura-se como constrição de direitos, não consistindo nem em penhora de coisa móvel, nem de dinheiro!". Ela atinge, em sua essência, o estabelecimento como fonte capaz de gerar e produzir receitas. Erasmo de Valladão Azevedo e Novaes FRANÇA, ao referir-se aos artigos 678 e 716 do Código de Processo Civil, que tratam, respectivamente, da penhora de empresa e o segundo de seu usufruto, afirma: *Evidentemente que o Código de Processo Civil está utilizando a palavra "empresa" aqui, no seu perfil objetivo ou patrimonial, como sinônimo de estabelecimento, porque o que se tem lá são bens. É o estabelecimento que é objeto de penhora. O que pode ser objeto de usufruto judicial é o estabelecimento, e não a empresa como uma atividade.* ¹⁴⁶

Na penhora de faturamento, a coação tem de atingir o estabelecimento, que é a fonte de geração das receitas da empresa, para só aí ser possível destacar uma parte - que não consistirá de per si no objeto propriamente dito da penhora - para ser depositada à ordem do juízo da execução e, depois, poderá ser utilizada até mesmo para a satisfação da dívida. Aliás, o usufruto de empresa é admitido pela lei como fase ulterior à penhora do estabelecimento, mas precedente à sua alienação (art. 726, do CPC).

¹⁴⁵Adespite de existir decisão do Superior Tribunal de Justiça (cuja ementa está abaixo copiada), comparando a penhora de faturamento à de dinheiro e afastando-a da penhora de direitos e ações, essa situação não pode prevalecer a uma análise mais acurada, conforme será melhor exposto neste capítulo. Essa decisão diz: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - PROCESSO DE EXECUÇÃO - ACÓRDÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - PENHORA SOBRE FATURAMENTO DE EMPRESA - POSSIBILIDADE - REQUISITOS - NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA - ORDEM LEGAL - Presente a coesão lógica entre a fundamentação e a parte dispositiva do julgado, afasta-se a contradição alegada. As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal têm admitido a penhora sobre o faturamento da empresa, desde que, cumuladamente: a) o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado, b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, arts. 678 e 719) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial. A penhora sobre o faturamento de empresa constitui penhora sobre dinheiro e não penhora sobre direito ou ações; em consequência, deve prevalecer sobre a penhora de bens móveis. RESP 418129 - SP - 3ª T. - Rel" Mina Nancy Andrighi - DJU 24.06.2002, p. 302.

¹⁴⁶Erasmo Valladão Azevedo e Novaes FRANÇA, *Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades*, p. 17.

Sendo o estabelecimento um complexo de bens destinado ao exercício da empresa, consistindo essencialmente num fato econômico, ou, noutras palavras, é no estabelecimento que se *exerce profissionalmente atividade econômica* (Código Civil, art. 966, *ele* o art. 1.142), o faturamento aparece como parte indissociável do empreendimento, não havendo como ser destacada a obtenção de receitas por esse fato estar ligado à idéia de capital de giro".

Como observa Araken de ASSIS, *Nada impede a penhora em separado dos frutos, das pertenças, dos rendimentos, dos produtos, das plantações e das acessões, desde que não sejam partes essenciais, cuja constrição individual diminua ou destrua o valor da coisa principal*".

Numa situação dessas, a penhora de faturamento, ainda que limitada a um percentual estipulado pelo juiz da execução, afetará todo o estabelecimento, fonte geradora de recursos, pois ele é tido como uma universalidade de fato pela doutrina¹⁴⁹ do qual não se dissocia o capital de giro, nem as receitas.

147BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PENHORÁVEIS - APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 620, DO CPC - 1. A penhora sobre o faturamento da empresa, recaindo sobre parte da renda da mesma, deve obedecer a critérios casuísticos como forma de garantir a sobrevivência da atividade empresarial, cuja necessidade de dispor de verbas disponíveis, a título de capital de giro, é notória. 2. É princípio da execução que esta deve ser processada de modo menos gravoso ao executado, razão pela qual, in casu, é perfeitamente possível a realização da penhora sobre outros bens do patrimônio do executado, fato este que inviabiliza a substituição da penhora por constrição incidente sobre o faturamento da executada. 3. Agravo provido. AG 0525066 - (9905496599) - CE - 2ª T. - Rel. Juiz Petrucio Ferreira - DJU 06.10.2000 - p. 310 - grifou-se.

No mesmo sentido:

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE 300/0 DO FATURAMENTO MENSAL DA EMPRESA - MEDIDA EXCEPCIONAL - PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE - A penhora sobre percentual de faturamento da executada é medida excepcional, pois compromete o capital de giro do estabelecimento. Aplicação do art. 620, do CPC que se impõe. Agravo desprovido. AI 1999.04.01.086957-0 - PR - 2ª T. - Rel" Juíza Tânia Escobar - DJU 04.08.1999 - p. 582 - grifou-se.

148Arakende ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 451.

149Arnold WALD, *A contribuição para o SENAC e as prestadoras de serviços: Na realidade, no seu sentido estrito, estabelecimento comercial é um complexo de bens, corpóreos ou incorpóreos, utilizado pelo empresário no exercício de sua atividade. Trata-se de uma universalidade de fato que não se confunde com empresa nem com empresário.*" Essa mesma opinião é dada por Marcos Paulo de Almeida SALLES, *Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito?: "Assim, sendo o estabelecimento objeto da intenção de seus titulares, empresário ou sociedade empresária, e, portanto, componente de seu patrimônio, sem prejuízo da universalidade de bens que o compõem organizadamente, ele se enquadra no disposto pelo artigo 90, continuando assim a ser uma universalidade de fato, embora agora seu conceito venha expresso em lei. O dispositivo no artigo 1.143, por sua vez, que diz respeito especificamente à relação jurídica do trespasse do estabelecimento, não o enquadra na disposição do parágrafo único do artigo 90, pois aquela figura*

Não se pode, então, atingir apenas o capital de giro ou o que se chama de *contas a receber*, pois conforme observa Humberto THEODORO JÚNIOR, *Quando se tem uma coisa complexa, isto é, formada pela integração de vários elementos, sendo impossível a eliminação de qualquer um deles, sob pena de perda de substância, di-se que cada um desses elementos configura parte integrante da coisa* ¹⁵⁰. Ele prossegue sustentando que

Esse mesmo raciocínio prevalece para o capital de giro no caso da empresa mercantil. Sem este, aquela perde parte substancial de sua complexidade econômica. Logo, para não ser a empresa desnaturada ou destruída, o gravame não pode restringir-se àquela parte integrante do ente complexo que é a empresa economicamente estruturada. Ou o gravame atinge o todo, ou o capital de giro fica imune à penhora, de forma isolada. ¹⁵¹

Por seu turno, José Carlos Barbosa MOREIRA assevera que a penhora de

bem economicamente produtivo, que mereça tratamento especial, quanto à respectiva administração, para que, assegurado o normal funcionamento, não se deixem de obter, durante o período da constrição, os frutos que dele se esperam. É o caso de estabelecimentos comerciais, industriais ou agrícolas, de semoventes (um rebanho, por exemplo), de plantações - bens em relação aos quais a lei se preocupa de maneira particular com o modo por que serão administrados, e conseqüentemente com a escolha do depositário, estabelecendo disciplina específica, também

autoriza apenas a transferência da universalidade do estabelecimento de modo unitário, por meio de negócios jurídicos de que ele assim seja objeto, ao passo que a disposição do parágrafo único do artigo 90 autoriza apenas a prática de relações jurídicas objetivando a circulação de cada um dos bens que compõem a mesma universalidade de fato.

¹⁵⁰Humberto THEODORO JÚNIOR, *A impossibilidade da penhora do capital de giro*, p. 118.

¹⁵¹Humberto THEODORO JÚNIOR, *A impossibilidade da penhora do capital de giro*, p. 118, grifou-se.

aplicável, por intuitiva semelhança de razões, aos edifícios em construção. ¹⁵²

Essa idéia de que a penhora de faturamento atinge o estabelecimento é reforçada pelo texto do art. 1.392, do Código Civil de 2002, que afirma estender-se o usufruto *aos acessórios da coisa e seus acréscidos*, pois há na lei processual as disposições que regulam o usufruto de empresa. E esse, enfim, consiste no direito de exercer as atividades inerentes à empresa no estabelecimento do executado.

Embora a penhora de faturamento não se confunda com o usufruto de empresa, pois este último instrumento é utilizado como forma de satisfação e pagamento da dívida", enquanto que o primeiro visa apenas garantir o juízo da execução, por identidade de princípios, aplicam-se os mesmos conceitos e formas exigidos para a satisfação do credor. Assim, no usufruto de imóvel, embora não haja impedimento à sua alienação, ficando sob a coação apenas as rendas, o ônus perdura durante o prazo da penhora (art. 725, do CPC) atingindo, então, embora indiretamente, o próprio imóvel. O mesmo ocorre com o usufruto de empresa, em que o bem atingido é o estabelecimento, ainda que, indiretamente, para dele se extrair as rendas.

Celso NEVES enfatiza, ao comentar o art. 726, do CPC, que

A regra corresponde à do art. 721, adstrita, todavia, à circunstância de que a penhora envolve, ou o complexo que caracteriza os estabelecimentos - sejam eles comerciais, industriais ou agrícolas - bem como semoventes, plantações e edifícios em construção (art. 677), ou empresa que funcione mediante concessão ou autorização, com apreensão judicial de suas rendas, de determinados bens ou de todo o seu patrimônio (art. 678). No

¹⁵²José Carlos BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, p. 236.

¹⁵³BRASIL, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA DE USUFRUTO DE EMPRESA - INVIABILIDADE - Fase processual inadequada a constrição judicial. A penhora do usufruto, seja de imóvel, seja de empresa comercial, somente haverá de ser levada a cabo quando do pagamento da dívida. Não há de se sobrepor e se antecipar aos embargos à execução, pois esta defesa de mérito por inviabilizar a execução. Recurso provido. AI 0065842600 - (2668) - 6ª C. Cív. - Rel. Juiz Bonejos Demchuk - DJPR de 06.05.1994.

primeiro caso, a penhora incide sobre o próprio estabelecimento, suscetível de transferência coativa como quaisquer outros bens. No segundo caso, ou a penhora só alcança as rendas, ou atinge, especificamente, certos e determinados bens, se não envolver a universalidade patrimonial. ¹⁵⁴

Toda a doutrina enfatiza que a penhora sobre certos e determinados bens somente pode se dar quando não houver essa vinculação indissociável à universalidade patrimonial. Se, como já afirmado, não se concebe a existência de faturamento sem que haja por trás um estabelecimento", então só pode ser este o objeto da penhora aqui estudada.

Por outro lado, não se trata de penhora de dinheiro, que pressupõe a existência de numerário certo e disponível em poder do executado: quando ele sofre esse tipo de penhora, o valor precisa existir e estar em seu poder para ser apreendido, para daí ser entregue a uma instituição financeira oficial que ficará incumbida do depósito!".

¹⁵⁴Celso NEVES, *Comentários ao código de processo civil (lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, v. VII, p. 200.

¹⁵⁵A propósito, o Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, em fase de discussão perante o Senado, prevê o usufruto como forma de recuperação judicial da empresa (art. 50, inciso XI), ao passo que o faturamento aparece apenas como um dos indicadores da viabilidade dessa recuperação, ao lado de outros, como a função social das atividades exercidas, o grau de endividamento, a mão de obra e tecnologias aplicadas, o ativo e o passivo, o tempo de existência do negócio.

¹⁵⁶O Superior Tribunal de Justiça afirma taxativamente num de seus acórdãos que a penhora de dinheiro, ainda que na "boca do caixa" não consiste em penhora de dinheiro propriamente dito, mas em penhora de estabelecimento. A decisão diz: PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - A PENHORA EM DINHEIRO PRESSUPÕE NUMERÁRIO EXISTENTE, CERTO, DETERMINADO E DISPONÍVEL NO PATRIMÔNIO DO EXECUTADO - PENHORA SOBRE O MOVIMENTO DE CAIXA DA EMPRESA - EXECUTADA: SÓ EM ÚLTIMO CASO - PRECEDENTES - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA RECEBIDOS - **1** - A penhora em dinheiro (art. 11, I, da lei nº 6.830/80 e art. 655, I, do CPC) pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. II - A penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa-executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, hipótese só admitida excepcionalmente (§ 1º do art. 11 da Lei nº 6.830/80), ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de constrição sobre os outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal. III - Inteligência dos arts. 10 e 11 da Lei nº 6.830/80 e dos arts. 655, 677 e 678 do CPC. IV - Precedentes das Turmas de Direito Público do STJ: REsp nº 35.838/SP e REsp nº 37.027/SP. V - Embargos de divergência recebidos para "restabelecer" o acórdão proferido pelo TJSP. RESP 249353 - PR, 1ª T., Rel. p/o Ac. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 09.04.2001, p. 331, grifou-se.

O que se quer com a penhora de faturamento, na feliz expressão cunhada por José Carlos BARBOSA MOREIRA, são os *frutos que dele (do estabelecimento) se esperem*".

Na penhora de faturamento, não existe ainda dinheiro de contado" em poder do executado, salvo as disponibilidades em caixa que, de regra, não são elevadas!", mas o que se busca não é isso e sim a constrição de uma parte das possíveis somas, bem mais elevadas, que serão recebidas no decorrer do processo, pois o devedor irá deter créditos diante de terceiros, constituídos ou em fase de constituição, como também a expectativa de que venham a surgir em suas mãos, com o passar do tempo, na medida em que vai cumprindo seus objetivos sociais.

Existe, pois, uma expectativa de que o dinheiro vá estar em poder do executado enquanto a execução se processa, pois a empresa terá de cumprir seus objetivos, sendo necessário e de se presumir o auferimento de receitas, frutos ou rendas. Conforme ele vai recebendo os valores, as receitas passam a ficar disponíveis em suas mãos, cujo destino e utilização obedecerão a um plano aprovado, para que sobrem fundos líquidos que serão depositados à ordem do juízo. Desse modo, penhora-se o estabelecimento para o credor ter direito a uma parte dessas receitas, constituídas ou que venham a ser constituídas no futuro, sendo que essa parte (ou fundos líquidos) deve ser apurada conforme o plano de administração e esquema de pagamentos aprovados pelo órgão judicial responsável pelo processamento da execução.

Para se arriscar uma definição de penhora de faturamento, pode-se sustentar que ela corresponde à constrição do estabelecimento que visa dar ao credor o direito à percepção de fundos líquidos que venham a ser obtidos pela soma

157 José Carlos BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, p. 236.

158 *Dinheiro de contado, o que é pago à vista ou na ocasião dos contratos ou moeda corrente*. Caldas AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. 2, p. 1109.

159 Namaioria das vezes, esses pequenos valores não são suficientes para cobrir sequer as despesas com a própria execução, o que provoca a incidência do art. 659, § 2º do CPC: "Art. 659. Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. § 1º. Efetuar-se-á penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública; caso em que precederá requisição do juiz ao respectivo chefe. § 2º. Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução."

das receitas, constituídas ou que serão constituídas no transcurso da execução, deduzidos os pagamentos e encargos definidos num plano de administração.

A jurisprudência também tem se encarregado de afirmar que essa penhora atinge o próprio estabelecimento, conforme vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais, embora afirmem alguns arestos que se trata de penhora de empresa", sendo distinta esta da figura do estabelecimento.

É a penhora, noutras palavras, de um organismo vivo e extremamente dinâmico, que pode, a partir do exercício da empresa, gerar riqueza capaz de satisfazer o credor. Penhora-se um corpo (o estabelecimento) que irá, ao ser exercitado, produzir resultados que poderão favorecer ao exequente. A penhora de faturamento não visa o estabelecimento em si, para posterior alienação, mas busca extrair dele os frutos e rendimentos, que depois ficarão sub-rogados em garantia da execução.

Ao contrário, não é possível sustentar que a penhora atingiria *dinheiro futuro*, aproximando-se da descrita no art. 655, inciso I, do CPC, ou do art. 11, inciso I, da LEF, pois, como visto, a constrição de dinheiro exige a disponibilidade de numerário e sem a sua apreensão a penhora não se aperfeiçoa?", Dinheiro que não

16°BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO POSTAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO - 1. O STJ, pela Corte Especial, pacificou entendimento ao admitir, pela teoria da aparência, citação de empresa na pessoa de quem, na sede, apresenta-se como seu representante legal. 2. A penhora sobre o faturamento corresponde à penhora do estabelecimento e se faz pertinente se inexistem bens que garantam a execução. 3. Recurso Especial conhecido, mas improvido. RESP 302403 - RJ - 2ª T. - Relª Mina Eliana Calmon - DJU 23.09.2002, p. 307.

Afirmado que a penhora de faturamento corresponde à da empresa: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE- A penhora que recai sobre o rendimento da empresa equivale à penhora da própria empresa, razão pela qual não tem mais a Egrégia Primeira Turma admitido penhora sobre faturamento ou rendimento. Recurso provido. RESP 251087-SP, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 01.08.2000, p. 208.

161 Há acórdãos que confundem, tentando forçar essa indevida aproximação da penhora de faturamento à de dinheiro, conforme se vê pela seguinte decisão: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. PENHORA - ART. 655, I, DO CPC - EFEITOS - 1. Evidente que a penhora determinada pela decisão recorrida não se enquadra como penhora sobre empresa, na forma regulada pelos arts. 677 e seguintes do CPC, de tal modo que se refere ao faturamento em dinheiro a ocorrer no futuro. Trata-se, pois, de penhora em dinheiro a ser obtido no futuro pelo estabelecimento comercial, aproximando-se da previsão contida no art. 655, I do CPC, ou seja, no objeto colocado em Lei no primeiro lugar da ordem de preferência para o ato constritivo e preparatório de futura expropriação. Por outro lado, considerando-se que em eventual concurso o crédito fiscal somente cederia seu caráter preferencial para o crédito trabalhista, evidente se apresenta a razoabilidade do percentual de 50/0 (cinco por cento) do faturamento mensal fixado pela decisão, permissivo do cumprimento de outras obrigações a cargo do devedor, ato necessário para a manutenção do negócio explorado. 2. Improvimento do agravo de instrumento. AI 2002.04.01.013029-6 - SC - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - DJU 04.09.2002 - p. 828.

existe ao tempo da constrição, ainda que venha a integrar o patrimônio do executado, não é dinheiro, é crédito.

LIEBMAN, ao afirmar que a *lei considera direitos e ações, para os efeitos da penhora, as dívidas ativas vencidas ou vincendas, constantes de documentos; as ações reais, reipersecutórias, ou pessoais, para cobrança de dívida; as quotas de herança em autos de inventário e partilha e os fundos líquidos que possua o executado em sociedade comercial ou civil, numa enumeração exemplificativa, realça que pode ser ampliada para qualquer outro direito que tenha os mesmos caracteres dos indicados.* ¹⁶²

Segundo o jurista peninsular,

Entre os bens do executado incluem-se os direitos que ele tiver contra terceiros; se eles podem ser transferidos (cedidos) independentemente do consentimento de terceiro, não há razão, como já se observou acima, para que não possam ser abrangidos na execução. Contudo, a lei os colocou em último lugar na gradação dos bens para a penhora. Isso porque a lei não pode deixar de considerar que, no momento atual, eles representam apenas a expectativa de um bem que espera receber em tempo futuro, expectativa cujo fundamento e cuja realização dependem de muitas e variadas circunstâncias de caráter jurídico, econômico e até pessoal. Com efeito, em razão do prazo a que podem estar sujeitos, e das demoras a que pode dar lugar a cobrança, a obtenção do bem que forma o seu objeto pode requerer espera mais ou menos longa. Além disso, é incerto o resultado que a cobrança poderá dar, dependendo da disposição do terceiro em satisfazer a sua obrigação e de seu estado de maior ou menor solvência. Todas essas circunstâncias, sem tirar ao direito, considerado como bem econômico, todo o seu valor, concorrem porém para depreciá-lo e para tornar difícil e incerte a sua avaliação, rebaixando correspondentemente a sua procur~ nas praças públicas. É, pois,

¹⁶²EnricoTullio LIEBMAN, *Processo de execução*, p. 168.

um *elemento ativo do patrimônio do executado de difícil realização e de escasso rendimento na execução*.¹⁶³

A despeito da opinião de LIEBMAN, o novo Código Civil traz regra prevendo a possibilidade de o estabelecimento ser objeto unitário, no dizer da lei, *de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza*''',

Embora o texto da lei não seja muito claro, acabando por misturar o sujeito (o empresário, individual ou a sociedade) com o próprio objeto (o estabelecimento), o legislador quis afirmar, ao que parece, que o estabelecimento configura uma universalidade de direitos e de negócios jurídicos, aproximando ainda mais a idéia de tratar-se a penhora de faturamento de construção cujo objeto atinge direitos e não dinheiro.

Em que pesem as considerações acerca da dificuldade de realização e de escasso rendimento na execução, a penhora de faturamento preenche, ao menos em tese, esses requisitos alinhavados por LIEBMAN, que são:

- a) as receitas consistem em direitos que podem ser transferidos a terceiros independentemente do consentimento dos devedores do executado¹⁶⁵;
- b) uma vez realizadas, as receitas integrarão definitivamente o patrimônio do executado;
- c) mas, enquanto isso não ocorrem, elas consistem em expectativas que variam conforme as circunstâncias e vicissitudes inerentes a qualquer crédito.

Ao contrário do que LIEBMAN observou, compondo um elemento ativo do patrimônio do executado (até porque o estabelecimento agora é definido pela lei como uma universalidade - art. 1.143, do Código Civil), essas receitas consistem

¹⁶³EnricoTullio LIEBMAN, *Processo de execução*, p. 167.

¹⁶⁴BRASL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: art. 1.143.

¹⁶⁵Parareforçar esse argumento, observa-se que a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de contratação de operações de crédito por antecipação de receita (BRASIL, *Constituição Federal de 1988*: "Art. 165.- ... § 8º. A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação de despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei."

em bens relativamente fáceis de converterem-se em rendimentos, dado que, para as pessoas jurídicas, a finalidade última na busca de seus objetivos sociais é a obtenção das chamadas receitas operacionais, que são as provenientes das atividades descritas nos seus respectivos estatutos sociais.

Isso talvez justifique a procura atual pela penhora de faturamento, como se fosse uma panacéia capaz de solucionar todos os problemas que cercam a tremenda falta de efetividade que atinge a execução forçada.

Embora se apresente muitas vezes aos olhos do credor como uma solução ao crédito insatisfeito, essa penhora traz, na verdade, uma gama de problemas, alguns de resolução bastante difícil e intrincada (a começar pela escolha do depositário/administrador), patenteando-se como um meio extremamente complexo, oneroso e, porque não dizer, bastante perigoso para o próprio exequente, que, em vez de gerar recursos para o adimplemento e extinção da obrigação, pode obrigá-lo a ressarcir perdas e danos ao executado.

Seria de bom tamanho também se, de *lege ferenda*, a lei dispusesse que a penhora de faturamento seria cabível apenas quando visasse a recuperação da empresa, o que também eliminaria o problema vislumbrado por José Frederico MARQUES, relativo à pluralidade de coações sobre o mesmo bem. A propósito, embora o Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, já aprovado pela Câmara dos Deputados, estabeleça o usufruto da empresa como forma de sua recuperação, o mesmo texto - ainda no âmbito do *jus condendum* - não fixa nenhuma restrição à coação do faturamento para satisfação de credores singulares.

Há que se observar também um detalhe na penhora do faturamento: quando a expectativa transmuda-se em realidade, ocorrendo o recebimento das receitas e o ingresso de recursos nas mãos do administrador judicial, a penhora não passa a ter a natureza de constrição de dinheiro. Na verdade, o que acontece é o fenômeno da sub-rogação de uma coisa por outra: do faturamento por dinheiro. É que esse fato - o ingresso efetivo das receitas - não modifica a natureza desse tipo de constrição, mesmo porque o depositário continuará a exercer suas funções até extrair frutos capazes, eles sim, de suportar o pagamento da dívida e seus acessórios. Quando isso acontecer, os depósitos em dinheiro substituirão a coisa

penhorada, afirmando-se que, em tal caso, aplica-se por analogia o disposto no art. 675, do CPC¹⁶⁶.

Também o art. 668, do CPC não exclui essa interpretação, dado que ele autoriza a substituição da penhora, a qualquer tempo (antes, todavia, da arrematação ou adjudicação), por dinheiro!". Todavia, essa sub-rogação acontecerá independentemente da manifestação da vontade do executado ou do responsável.

Pode-se dizer que ocorre, nessa hipótese, uma espécie de exaurimento da constrição que, de uma simples expectativa de direito, um crédito, transmuda-se no direito propriamente dito. Entretanto, o fato de um crédito ser recebido pelo administrador judicial não significa que sobrarão recursos em suas mãos para a garantia da execução, pois ele terá de obedecer ao plano de pagamentos.

Conclui-se, nesse ponto, que o que vai acontecendo, na medida em que o administrador judicial efetua os depósitos à ordem do juízo da execução, é, na verdade, a substituição da penhora do estabelecimento por dinheiro, até porque se o valor integral para garantia e satisfação da dívida for apurado e depositado, isso será suficiente para fazer cessar a constrição do estabelecimento.

Observa-se que, em tal ponto, ela se assemelha em muito à penhora de créditos, que se acha disciplinada no CPC a partir do art. 671. Entretanto, a coincidência pára por aí, uma vez que também em relação a esse tipo de constrição se pressupõe - como já falado em relação à penhora de dinheiro - a existência dos direitos creditícios já constituídos, para que possam ser apreendidos os títulos e os respectivos devedores, terceiros, sejam cientificados da constrição para não pagarem ao executado. Isso quer dizer que a penhora de créditos incidirá sobre os créditos existentes, que o terceiro devedor poderá confessar e reconhecer expressamente ou até negar. Já a penhora de faturamento abrange o estabelecimento, não se exigindo que ele possua no instante da penhora os créditos

¹⁶⁶BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 675. Quando a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas, ou de prestações periódicas, o credor poderá levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositadas, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras da imputação em pagamento." Embora esse dispositivo tenha aplicação apenas na fase da satisfação e pagamento do credor, nada impede que, por analogia, ele incida antes, quando se pretende penhorar faturamento, depositando-se à ordem do juízo "os juros, os rendimentos ou as prestações"

¹⁶⁷BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 668. O devedor, ou responsável, pode, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro; caso em que a execução correrá sobre a quantia depositada.

que resultarão em recebimentos que, depois, serão direcionados e ficarão subrogados em garantia de satisfação da dívida.

Também há uma diferença considerável em relação à penhora de crédito e à de faturamento: na primeira, o terceiro devedor, chamado *debitor debitoris* (devedor do devedor) é cientificado da coação!" quando ela recai em créditos ainda não consubstanciados em títulos passíveis de apreensão. Na penhora de faturamento, o devedor do devedor sequer sabe da constrição, pois continua a efetuar pagamentos diretamente ao executado, que os recebe através do administrador nomeado pelo juiz. Explica-se melhor: cuidando das contas bancárias para as quais afluem os valores recebidos, o administrador não precisa cientificar os devedores do executado, pois as receitas serão todas colocadas sob suas mãos, o que se dá em virtude do afastamento do executado (ou do representante contratual ou estatutariamente nomeado) de suas atribuições.

É correto afirmar, contudo, que a nomeação do administrador judicial é um ato que, necessariamente, terá de ser *averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial*, conforme estabelece o art. 1.144 do Código Civil de 2002. Embora esse dispositivo refira-se a *contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento*, é preciso dar publicidade ao ato judicial que determina quem irá deter poderes de receber e dar quitação em nome do estabelecimento, até porque, pendendo alguma dúvida, os terceiros, devedores do executado, poderão se recusar a pagar argüindo que não receberão a quitação devida. A regra constante do artigo 728, do CPC¹⁶⁹ reforça a necessidade de averbação no Registro de Empresas do ato que nomear o administrador judicial, sem o que não haverá publicidade quanto à sua legitimidade para atuar em nome do executado.

1688RASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 671. Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação: I - ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor; " - ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito. (Redação dada ao artigo pela Lei nO5.925, de 01.10.1973)"

1698RASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 728. Cumpre ao administrador: I - comunicar à Junta Comercial que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou;"

Noutro giro, não se pode classificar a penhora de faturamento como coação de dinheiro, pois nem tudo o que decorre de faturamento pode ser classificado como dinheiro. Há também as operações a prazo e nisso reside a confusão criada pela jurisprudência, não escapando nem mesmo a do C. Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, as decisões conhecidas determinam o depósito de valores à ordem do juízo da execução!". Mas como agirá o administrador nomeado? Depositará as faturas, as duplicatas, os títulos de crédito emitidos pela sociedade ou empresa executada? Ou depositará apenas o que auferir em dinheiro propriamente dito, embora a empresa possa celebrar transações a prazo, que exijam a administração do faturamento, uma vez que, num dado momento, as receitas, de meras expectativas, ingressarão em sua caixa? Também deixará à disposição do juízo da execução outras receitas, como as decorrentes das vendas à vista, os recebimentos de indenizações etc.? Ou aguardará o exaurimento ou sub-rogação da penhora (ou seja, o recebimento efetivo dos valores pagos por terceiros), para, depois de convertidos os créditos em dinheiro, levar a juízo as sobras líquidas?

Conforme estabelece o art. 664 do CPC, a penhora depende da apreensão e também do depósito dos bens. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *a penhora deve ser real, com a efetiva apreensão do bem. Daí que se completa com o depósito.* 171

17º Superior Tribunal de Justiça chega a tratar em alguns de seus arestos a penhora de faturamento como constrição de dinheiro. Vejam: HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - IMPOSIÇÃO DE ENCARGO DE DEPÓSITO JUDICIAL - INVIABILIDADE - CF, ART. 5º, III - PENHORA - PERCENTUAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA - INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS - CPC, ARTIGOS 678, § ÚNICO, 719, 720 E 728 DO CPC - ILEGALIDADE DA CONSTRIÇÃO - PRECEDENTES - O sócio da empresa devedora não está obrigado a aceitar o encargo de depósito judicial, em face do disposto no art. 5º, II da CF/88. A jurisprudência admite a penhora, em dinheiro, do faturamento mensal da empresa executada em casos excepcionais, desde que cumpridas as formalidades ditadas pela Lei Processual Civil, como a nomeação de administrador, apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento. Desrespeitadas as formalidades legais, não há que se falar em depositário, nem em prisão civil pelo respectivo descumprimento. Recurso em Habeas corpus provido. RHC . 11901 - SP - 2º T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 15.04.2002, p. 18, grifou-se.

Outro julgado admitindo até a prisão civil para o caso de não observância dos depósitos: BRASIL Superior Tribunal de Justiça, HABEAS CORPUS - DEPÓSITO JUDICIAL - EXECUÇÃO - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO - PRISÃO CIVIL - CABIMENTO - PRECEDENTE - ORDEM DENEGADA - AGRAVO DESPROVIDO - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, havendo a penhora sobre o faturamento da empresa, e aceitando a depositária o encargo de depositar em juízo o valor correspondente, não há constrangimento ilegal "na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil". HC 20932 - SP - 4º T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 16.09.2002, p. 187.

A doutrina reforça essa posição: Humberto THEODORO JÚNIOR ensina que *A penhora implica retirada dos bens da posse direta e livre disposição do devedor. Por isso, será feita "mediante a apreensão e depósito dos bens", seguindo-se a lavratura de um só auto, redigido e assinado pelo oficial de justiça (art. 664). Naturalmente, também o depositário terá de assiná-lo.*¹⁷²

Pergunta-se, então: o que é apreendido, na penhora de faturamento? A resposta encontrada é uma só: o estabelecimento.

Como na penhora de faturamento o depositário exerce funções mais amplas, administrando não só o estabelecimento, mas o próprio empreendimento (ou a própria empresa, que passa a ser exercida com o fim de obter fundos líquidos que garantam a execução), a sua nomeação, com a conseqüente aceitação do encargo, tornará o ato perfeito.

Daí, na penhora de faturamento, o que se apreende e deposita é o estabelecimento nas mãos do administrador, para que ele tome as rédeas da empresa, passando a gerir seus atos. Vejam que essa idéia é reforçada pelo art. 1.142 do Código Civil de 2002. Ele ficará incumbido de promover a gestão do empreendimento, observando os limites do plano que for aprovado em juízo, para daí extrair fundos líquidos que poderão, em última análise, beneficiar o exequente.

Mesmo que se deposite o estabelecimento nas mãos do administrador, é certo também dizer que o tipo de penhora estudado no presente trabalho não visa a ulterior alienação do negócio: o escopo ou a finalidade da penhora de faturamento distancia-se desse fim, de modo que não se falará, durante a execução, em avaliação do estabelecimento, sendo viável e possível, depois de ultrapassada a fase de embargos, apenas o usufruto regulado pelos artigos 716 a 729, do CPC.

Verifica-se que os arts. 677 e 678 do CPC, na verdade, contemplam mais de um tipo de penhora de estabelecimento: a) um que possibilita sua alienação, justamente por se tratar de uma unidade composta de direitos e de negócios jurídicos, sendo viável e possível a sua avaliação"; b) outro que permite o usufruto, que visa essencialmente extrair da atividade exercida frutos para o pagamento da

¹⁷²Humberto THEODORO JÚNIOR, *Processo de execução*, p. 263.

¹⁷³A avaliação do estabelecimento leva em conta o aviamento, ou *goodwill*, existindo fórmulas complexas para a sua apuração, conforme anotam Sérgio José Dulac MÜLLER e Thomas MÜLLER (*Empresa e estabelecimento - a avaliação do goodwill*, Revista do Advogado, n.º 71 p. 99 a 113).

obrigação objeto da execução, sem que o executado perca essa universalidade de bens dotada de valor econômico.

Pode-se afirmar que a penhora de faturamento será penhora de dinheiro quando se referir à chamada *penhora na boca da caixa*. Ainda assim, ousa-se discordar dessa posição, pois o que se atinge não é o dinheiro em si, mas o direito de recebê-lo com a venda de determinados bens ou serviços. Aliás, o dinheiro, enquanto em poder do usuário do serviço ou adquirente do produto, não pode ser atingido pela constrição justamente por não pertencer ao estabelecimento. A receita ingressa *na boca da caixa* só quando se celebra o negócio e se efetua o pagamento, mas pode o interessado desistir de tudo na hora "h", desfazendo a avença, caso em que a penhora não poderá perdurar sobre o valor respectivo, uma vez que ele não consistirá em receita do executado para nenhum efeito. Para que isso se dê, ou seja, para o credor exercer esse direito de receber *na boca da caixa*, ele terá de penhorar o estabelecimento, confiando, o juiz, a sua administração a um depositário. Essa posição encontra o apoio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?".

Em síntese, a penhora de faturamento é a penhora de estabelecimento voltada para a obtenção de frutos decorrentes do auferimento de receitas no decorrer da execução, deduzindo-se delas (das receitas) as despesas com a manutenção do próprio estabelecimento e assegurando o seu normal funcionamento, sendo que ela se torna realizada quando o administrador é nomeado e o devedor cientificado desse ato.

1.6. O conceito de faturamento

1.6.1. Significados da palavra faturamento

A palavra *fatura* já era empregada pelo Código Comercial de 1850 (art. 219), tendo nele o mesmo significado que *conta dos gêneros vendidos* ¹⁷⁵. Nem o Código Civil de 1916, nem mesmo o de 2002 utilizam essa expressão, a despeito desse último diploma ter unificado as obrigações civis e mercantis num só texto (arts. 233 e seguintes), trazendo até uma disciplina geral acerca dos títulos de crédito (arts. 887 a 926).

Fran MARTINS afirma que

A fatura consiste numa nota em que são discriminadas as mercadorias vendidas, com as necessárias identificações, sendo mencionados, inclusive, o valor unitário dessas mercadorias e o seu valor total. Poderá, entretanto, quando for da conveniência do vendedor, a fatura indicar somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despacho ou entrega da mercadoria. De qualquer modo, deve a fatura espelhar não só a venda feita como a entrega ou remessa das mercadorias ao comprador. ¹⁷⁶

Nesse sentido, para extrair-se uma fatura, é preciso existir um contrato de compra e venda mercantil perfeito e acabado, em que as partes tenham acordado na coisa, no preço e nas condições (conforme disciplinava o art. 191, Código

¹⁷⁵BRASIL, *Código Comercial*: "Art. 219. Nas vendas em grosso ou por atacado entre comerciantes, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no ato da entrega das mercadorias, a fatura ou conta dos gêneros vendidos, as quais serão por ambos assinadas, uma para ficar na mão do vendedor, e outra na do comprador. Não se declarando na fatura o prazo do pagamento, presume-se que a compra foi à vista (artigo 137). As faturas sobreditas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador, dentro de 10 (dez) dias subseqüentes à entrega e recebimento (artigo 135), presumem-se contas líquidas."

¹⁷⁶FranMARTINS, *Títulos de crédito, volume li, cheques, duplicatas, títulos de financiamento, títulos representativos e legislação*, p. 185.

Comercial), e, além disso, é necessário também que tenha ocorrido a transferência, pela tradição, da coisa vendida para o domínio do comprador.

A fatura é, para o Direito Comercial, um documento que comprova a existência de um contrato de venda e compra mercantil a prazo. Sua emissão, segundo estabelece a Lei n.º 5.474, de 1968, é obrigatória nos contratos com prazo não inferior a 30 dias!". É das faturas que se extraem as duplicatas. Estas, por seu turno, têm a emissão facultativa, conforme estabelece a própria lei, em seu artigo 2º-178.

Por seu turno, *faturamento* ou *faturação* quer dizer o ato ou efeito de faturar, de emitir essas notas em que há a discriminação das mercadorias vendidas, relativas às vendas a prazo.

Faturação também significa o *serviço encarregado das tetures*"; quer dizer, o departamento ou setor ou seção da empresa que cuida do trabalho de emitir, organizar e guardar as faturas emitidas.

A partir dessas afirmações, pode-se perceber que o termo tem significado peculiar para o Direito Comercial, pois: a) somente podem ser emitidas faturas em relação às compras e vendas mercantis; b) as faturas referem-se exclusivamente às vendas com prazo não inferior a 30 dias, não abrangendo, portanto, os negócios à vista.

Embora as faturas estejam relacionadas a contratos de compra e venda mercantil, a Lei n.º 5.474, de 1968 torna facultativa a emissão desses documentos por parte das *empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços* (art. 20).

Quer dizer, então, que só as empresas podem emitir faturas; as pessoas físicas, de regra, não, excetuando-se *os profissionais liberais e os que prestam serviço de natureza eventual* (art. 22, da Lei n.º 5.474, de 1968).

1778BRASIL, *Lei n.º 5.474, de 1968*: "Art. 1º. Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador. § 1º. A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias."

1788BRASIL, *Lei n.º 5.474, de 1968*: "Art. 2º. No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador." (grifou-se)

179GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, v. 10, p. 2365.

Mas há também um significado econômico para a palavra *faturamento*: refere-se ao *Conjunto dos recebimentos, expresso em unidades monetárias, obtidos por uma empresa em determinado período com a venda de bens ou serviços. Em outros termos, é o número de unidades vendidas multiplicado pelo preço de venda unitário. Diferencia-se de receita, que inclui os valores obtidos de outras fontes (aplicações financeiras ou vendas a prazo*"

Vê-se, portanto, que a idéia de faturamento está ligada, no âmbito da Economia, à de recebimento, pois diz respeito à formação de receitas, embora também haja a idéia de faturamento a partir da multiplicação do número de unidades vendidas pelo preço unitário delas.

Para Paulo SANDRONI, as *receitas* correspondem à

soma de todos os valores recebidos em dado espaço de tempo. Numa empresa comercial, a receita é formada pelas vendas a vista, pela parte recebida referente às vendas a crédito e pelos eventuais rendimentos de aplicações financeiras. No orçamento público, é a soma das arrecadações de impostos, taxas, contribuições, multas etc. Os rendimentos de fonte certa compõem a receita ordinária, enquanto os incertos ou eventuais formam a receita extraordinária. 181

A diferença entre *receita* e *faturamento* - se analisados os termos pela ótica da Economia - está em que o faturamento corresponde ao *conjunto de recebimentos, expresso em unidades monetárias, obtidos por uma empresa em determinado período com a venda de bens ou serviços*. Desse modo, *Diferencia-se da receita, que inclui os valores obtidos de outras fontes (aplicações financeiras ou vendas a prazo)*¹⁸². Há que se notar, entretanto, que o enfoque econômico é bem diferente do jurídico, pois o faturamento para o jurista pode significar apenas o conjunto de notas fiscais ou faturas emitidas num dado período, sem que isso

180Paulo SANDRONI, *Dicionário de economia*, p. 165.

181Paulo SANDRONI, *Dicionário de economia*, p. 362.

182GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, v. 10, p. 2365.

acarrete o efetivo auferimento de receita. Basta observar os negócios a prazo: a emissão de uma fatura não significa a obtenção de uma receita, mas de mera expectativa, dependente do pagamento numa data futura pelo comprador.

Em Contabilidade, o conceito de receita abrange tanto a *entrada de elementos para o ativo, sob a forma de dinheiro ou direitos a receber, correspondentes, normalmente, à venda de mercadorias, de produtos, ou à prestação de serviços. Uma receita também pode derivar de juros sobre depósitos bancários ou títulos e de outros ganhos eventuais.*¹ O conceito contábil é dos mais elásticos, pois, na verdade, toma como receitas as expectativas de recebimentos.

Nota-se, também, uma diferença entre o conceito econômico e o contábil de receita. No primeiro caso, as receitas devem refletir nada mais nada menos que os recebimentos ocorridos em determinados períodos. São os ingressos em moeda que interessam para a Economia. Todavia, em termos contábeis, as receitas compõem-se, como visto, não só dos recebimentos de valores, mas também das entradas *de elementos para o ativo ... sob a forma de direitos a receber*. Essa idéia decorre do texto do art. 187, parágrafo 1º, alínea "a" da Lei n.º 6.404, de 1976, que estabelece que as receitas e os rendimentos obtidos independem, para uma correta escrituração, da sua conversão em moeda!² A referida Lei n.º 6.404, de 1976, embora regule as sociedades anônimas, a partir do art. 176 traça inúmeras normas pertinentes às demonstrações financeiras, referindo-se no art. 177 aos *princípios de contabilidade geralmente aceitos, que são normas que, por convenção, decide-se adotar como apropriadas para demonstrar o patrimônio de uma empresa e seus*

¹183Sérgio de Lacerda (Coord.), *Contabilidade introdutória*, p. 69.

²184BRASIL, *Lei n.º 6.404, de 1976*: "Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará: I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos; II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto; III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais; IV - o lucro ou prejuízo operacional, as receitas e despesas não operacionais; (Redação dada ao inciso pela Lei n.º 9.249/95.) V - o resultado do exercício antes do Imposto de Renda e a provisão para o imposto; VI - as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, e as contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados; VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social. § 1º. Na determinação do resultado do exercício serão computados: a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos. § 2º. O aumento do valor de elementos do ativo em virtude de novas avaliações, registrado como reserva de reavaliação (artigo 182, § 3º), somente depois de realizado poderá ser computado como lucro para efeito de distribuição de dividendos ou participações." (grifou-se).

resultados (demonstrações tinenceirest": Essas regras da Lei n.º 6.404, de 1976 não sofreram modificação em virtude da entrada em vigor no Código Civil de 2002, seja porque o art. 1.089 desse Código estabeleceu que as sociedades por ações continuam regidas por lei especial, seja porque, na parte em que trata da escrituração dos atos dos empresários, o Código Civil é omissivo em relação aos critérios para aferição do ativo e também do passivo (arts. 1.179 a 1.195).

Isso explica o fato de os balanços patrimoniais das empresas incluírem como receitas de vendas os valores correspondentes às faturas ou duplicatas emitidas em relação às vendas a prazo, embora ainda não tenha havido a conversão em moeda desses direitos, pois os títulos se acham vincendos.

Há diferença também entre receitas e ingressos. Aires F. BARRETO sustenta que *Os valores que transitam pelo caixa das empresas (ou pelos cofres públicos) podem ser de duas espécies: os configuradores de receitas e os caracterizadores de meros ingressos"*: Ele prossegue, dizendo que

As receitas são entradas que modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o. Os ingressos envolvem tanto as receitas quanto as somas pertencentes a terceiros (valores que integram o patrimônio de outrem); são aqueles valores que não importam modificação no patrimônio de quem os recebe, porém mero trânsito para posterior entrega a quem pertencerem ¹⁸⁷

Por certo que a penhora de faturamento não poderá afetar direitos ou valores pertencentes a outrem. Mas nem sempre isso é de fácil aplicação. Basta observar a existência dos chamados impostos indiretos, como o ICMS e o IPI, que são repassados pelo sujeito passivo ao Estado, como também os descontos em folha, que são repassados aos sindicatos ou mesmo entregues a terceiros, a título de pagamento de pensão alimentícia.

¹⁸⁵Modesto CARVALHOSA e Nilton LATORRACA, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, v. 3, p. 562.

¹⁸⁶Aires F. BARRETO, *Trabalho temporário e base de cálculo do ISS. Atividades comissionadas - distinção entre ingressos e receitas*, p. 7-20.

¹⁸⁷Aires F. BARRETO, *Trabalho temporário e base de cálculo do ISS. Atividades comissionadas - distinção entre ingressos e receitas*, p. 8.

A partir dessa breve explanação é possível observar que a dificuldade de se estudar a penhora de faturamento está em saber o seu espectro de incidência, pois o conceito varia demais. No faturamento, estarão apenas as faturas relativas às vendas mercantis com prazos iguais ou superiores a 30 dias, se observado o conceito advindo do Direito Comercial, ou poderá abranger as emitidas por prestadores de serviços? Ou corresponderá à soma dos valores efetivamente recebidos, sejam eles decorrentes das vendas de mercadorias ou de outras operações, se utilizado o conceito econômico? Ou ainda poderá significar, além dos recebimentos auferidos, os ingressos de direitos no patrimônio da empresa como, por exemplo, as faturas, duplicatas ou títulos de crédito originados das vendas a prazo? Terá de haver a dedução dos tributos indiretos, pois os valores dos mesmos consistem em ingressos e não em receitas em poder da empresa executada? Será possível separar da constrição as importâncias descontadas dos empregados e retidas pela empresa, para satisfação de prestações alimentícias ou mesmo para pagamento de contribuições sindicais?

Para piorar a situação, se uma empresa efetua vendas à vista, celebrando também negócios a prazo, além de poder auferir receitas com a alienação de bens que integram o seu ativo permanente (que não são tratados como mercadorias¹⁸⁸), fica difícil saber o que determina a decisão respectiva que ordena esse tipo de penhora: o depósito judicial de um percentual do movimento (seja ele diário, semanal ou mensal) corresponderá a que? Por certo que o depositário não saberá o que fazer em relação aos títulos de crédito emitidos nas vendas a prazo, se a penhora resultar numa ordem para recolher determinado percentual em conta judicial. Afinal de contas, ele depositará em juízo apenas um percentual calculado sobre os valores efetivamente recebidos ou entregará também parte dos títulos de crédito emitidos? Ou ele entenderá que essa penhora atingirá tão só os recebimentos das faturas obrigatoriamente emitidas nas vendas a prazo, descartando do cálculo do depósito judicial as vendas à vista, por não estarem abrangidas pela idéia de faturamento adotada pelo Direito Comercial?

188BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ALIENAÇÃO DE BENS DO ATIVO FIXO. ICMS INDEVIDO. Não se tratando de circulação de mercadorias tributáveis, mas de simples alienação eventual de bens do ativo permanente, o ICMS não incide na operação. RESP 120.253-SP, Z- T., Relator Ministro Hélio Mosimann, DJU 30.06.1997, p. 30990. No mesmo sentido: RESP 36.964-SP, 1ª T., Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU 11.09.1995, p. 28789.

Essas questões serão enfrentadas adiante, mesmo porque será necessário eleger um critério ou conceito de faturamento que permita ao juiz da execução agir com a esperada segurança e eficiência, para produzir os resultados esperados pelo credor, inicialmente de garantia mas que, afinal, terão de visar a satisfação de seu crédito.

Mas é bom que se afirme, desde logo, que a penhora de faturamento não pode ser tratada de modo simplista, a ponto de se dizer que ela tem características semelhantes à coação de dinheiro, conforme foi possível antever no acórdão proferido em 1989 pela 14ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento n.º 143.891-2 - Santo André, a primeira decisão de instância superior encontrada sobre o tema. Ela exige cautelas, que incluem a adoção de um rito específico, que, se não for respeitado, implicará a nulidade da própria constrição.

A expressão *faturamento* também pode ser utilizada com outros significados, como o popular, em que *faturar* significa lucrar, tirar proveito material, ganhar dinheiro fácil. Pode-se até usar a palavra em sentido chulo, para significar uma conquista, quando uma pessoa afirma que faturou uma namorada ou namorado, por exemplo, ou até quando se quer dizer que copulou com alguém". Obviamente, este trabalho não se ocupa dessas acepções do termo.

1.6.2. O emprego da expressão *penhora de faturamento*, proposto neste trabalho

A palavra *fatura*, como visto, é usada de longa data. Entretanto, o termo *faturamento* foi utilizado em nossa legislação pela primeira vez em 1970, constando

189NovoAurélio Dicionário da Língua Portuguesa, verbete faturar: "[De *fatura* + -ar2.] V. t. d. T. d. e. i. 1. Fazer a fatura de (mercadoria vendida). 2. Incluir na fatura (uma mercadoria). 3. Bras. Pop. Tirar proveito material (sobretudo pecuniário) de: "Hoje Pelé fatura a sua glória em todos os lugares por onde passa." (Correio da Manhã, Rio, 5.11.1970.) 4. Bras. Pop. Fazer, realizar, conseguir (coisa vantajosa): Finalmente, numa incursão pela direita, Garrincha faturou o terceiro gol. 5. Bras. Chulo Copular com. Int. 6. Bras. Ganhar muito dinheiro, ou auferir vantagens: O negócio vai de vento em popa, ele está faturando. Aproveitando-se de suas novas relações sociais, tem faturado mais que nunca. [Pret. imperf. ind.: *faturava*, *faturáveis*, *faturavam*. Cf. *fatorar* e *faturáveis*, pl. de *faturável*".; Disponível em: <http://www.uol.com.br/aurelio/indexresult.html?styp=k&verbe=faturar>. Acesso em: 20 nov 2003.

da Lei Complementar n.º 7, que instituiu o Programa de Integração Social e fixou as contribuições para seu custeio, denominadas contribuições para o PIS¹⁹⁰.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, o termo foi novamente utilizado para indicar uma hipótese de incidência de contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social. O emprego do termo aconteceu na redação original do art. 195, inciso I, da Magna Carta¹⁹¹

Originariamente o Texto Magno tratava como situações distintas o faturamento e o lucro, não se referindo esse dispositivo, de modo específico, à renda, nem à receita.

Não obstante, Hiromi HIGUCHI e Fábio Hiroshi HIGUCHI afirmam o contrário. Para eles,

Os constituintes de 1988, certamente, usaram a palavra faturamento no sentido de receita bruta para efeitos fiscais e não para indicar a emissão de fatura, como querem alguns. Isso porque, se faturamento fosse exclusivamente a emissão de faturas, a cobrança de COFINS ficaria ao arbítrio das legislações estaduais e municipais. Se, por exemplo, um município fizesse a cobrança do ISS por estimativa, dispensando a emissão de nota fiscal ou fatura, as empresas não teriam faturamento e conseqüentemente estariam dispensadas de pagar a COFINS? Pior se faturamento for entendido como fatura de emissão obrigatória só nas vendas a prazo. ¹⁹²

¹⁹⁰RASIL, *Lei Complementar n.º 7*: "Art. 3º. O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas: a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º, deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda; b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue: 1) no exercício de 1971, 0,150/0; 2) no exercício de 1972, 0,25%; 3) no exercício de 1973, 0,40%; 4) no exercício de 1974 e subseqüentes, 0,500/0." (grifou-se).

¹⁹¹A redação original dispunha: "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;" (grifou-se).

¹⁹²Hiromi HIGUCHI e Fábio Hiroshi HIGUCHI, *Imposto de renda das empresas, interpretação e prática*, p. 579.

Essa posição parece ser acertada, pois a emissão da fatura, disciplinada pela Lei n.º 5.474, de 1968, é obrigatória apenas em relação às vendas mercantis com prazo não inferior a 30 dias (art. 1º), embora seja sempre facultativa a extração de duplicatas. É nesse sentido que são interpretados pela doutrina os artigos 1º e 2º desse diploma legal.¹⁹³ Em relação aos prestadores de serviços, a lei facultou a emissão tanto de faturas quanto de duplicatas (art. 20)¹⁹⁴, de modo que seria opcional para eles a existência de *faturamento* passível de penhora, o que não é correto afirmar.

A Emenda Constitucional n.º 20, de 1998 novamente contemplou expressamente a expressão *faturamento*, utilizando-a ao lado do termo *receita*¹⁹⁵.

Mas, até o advento dessa emenda constitucional, havia discussão na doutrina em relação à extensão do conceito de faturamento: afirmava-se ser restrito em relação à idéia de receitas!". Essa discussão tinha a sua razão de ser, na medida em que a ampliação do conceito iria proporcionar um campo mais vasto para a incidência de contribuições sociais.

Entretanto, a partir da Emenda Constitucional n.º 20, de 1998 houve uma equiparação de *faturamento* à *receita* para efeitos tributários, de sorte que o *conceito de faturamento, antes da Emenda Constitucional n.º 20/98, abrangia o conjunto de vendas e prestações de serviços realizados em um determinado período (mensal). Nele não se incluem outras receitas, ainda que operacionais, como é o caso das receitas tinencelres"*,

193FRANMARTINS acentua: "A lei atual, de modo mais detalhado que a Lei n.º 187, de 1936, refere-se à obrigação do vendedor apenas quanto à extração da fatura, tornando facultativa a extração da duplicata." (*Títulos de crédito, volume II, cheques, duplicatas, títulos de financiamento, títulos representativos e legislação*, p. 185).

194BRASIL, *Lei n.º 5.474, de 1968*: "Art. 20. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta Lei, emitir fatura e duplicata." (grifou-se).

195Essa Emenda mudou a redação do art. 195 da Constituição de 1988, que passou a ser redigido assim: "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro;" (grifou-se).

196Octavio Campos FISCHER: "Até o advento da 'Emenda Constitucional n.º 20/98', a doutrina procurava, de todas as maneiras e com todos os possíveis argumentos, demonstrar que faturamento era algo mais restrito que toda e qualquer receita." (*A contribuição ao PIS*, p. 157).

197Octavio Campos FISCHER, *A contribuição ao PIS*, p. 158.

Essa conclusão está certa, pois fatura emite o comerciante, ao passo que o prestador de serviços auferir receita, embora não emita faturas mercantis, mas isso não o impede de também emitir faturas e duplicatas, conforme estabelece a Lei n.º 5.474, de 1968, desde que seja profissional liberal ou esteja organizado sob a forma de empresário individual ou sociedade empresária (arts. 20 e 22).

Entretanto, receita é um termo bem mais abrangente, que significa gênero, que, por sua vez, engloba o faturamento.

Por outro lado, emitir faturas não significa auferir receitas, uma vez que pode acontecer de elas gerarem apenas créditos ao emitente como, por exemplo, os relacionados às vendas a prazo. No caso, as faturas trariam para o emitente uma expectativa de direito, um crédito, mas não uma receita propriamente dita.

Vale observar que, por *receita*, entende-se, na definição adotada por Maria Helena DINIZ¹⁹⁸, uma *soma pecuniária recebida* ou então a *entrada ou recebimento de dinheiro que constitui o crédito da conta* e também o *resultado das vendas à vista ou de prestações de serviços levadas a efeito em certo período*.

Pode-se afirmar, então, que se a expressão *faturamento* tiver o mesmo significado de *receita* ou ainda se esses termos forem equiparados ou equivalentes, não abarcará os créditos ainda não liquidados, mesmo regularmente constituídos ou em fase de constituição, abrangendo tão somente as receitas decorrentes das vendas à vista e dos recebimentos de haveres ou direitos (títulos de crédito em geral e outros direitos recebidos como, por exemplo, aluguéis pagos à empresa, lucros e dividendos que ela auferir em virtude de sua participação noutros empreendimentos, juros pagos por devedores em atraso ou recebidos de instituições financeiras em razão de aplicações e investimentos etc.).

Em resumo:

- a. *receita* significa dinheiro em caixa, valores recebidos decorrentes das vendas de produtos ou serviços, mais duplicatas e outros valores recebidos;
- b. enquanto *faturamento* significa emissão de faturas, não correspondendo, necessariamente, aos valores recebidos, pois podem existir num universo de faturas emitidas inúmeras vincendas e não pagas.

¹⁹⁸Maria Helena DINIZ, *Dicionário jurídico*, v. 4 (Q-Z), p. 51.

Mas essa conclusão não resolve o assunto, nem delimita adequadamente o campo de incidência da penhora de faturamento, dado que:

- i. se atingir apenas as receitas, deixará de fora do campo de atuação do depositário o gerenciamento e a administração das duplicatas, títulos de crédito e contas a receber, o que não é certo, principalmente quando o executado tiver um movimento maior ou preponderante de negociações a prazo;
- ii. e, se recair somente sobre as faturas emitidas, restringir-se-á a esses negócios, de maneira que as vendas de bens do ativo permanente (e também investimentos decorrentes de ações e títulos cotados em bolsa, ou mesmo bens corpóreos, como veículos, imóveis etc.) não poderão ser afetadas pela penhora. Em tal situação, a penhora de faturamento se restringiria à regulada nos artigos 672 e seguintes do CPC, que trata da constrição de créditos consubstanciados em cédulas.

Conforme será visto mais adiante, a penhora de faturamento atinge não só o numerário (receitas), mas também os créditos retratados em cédulas e outros em fase de constituição, não se confundindo com a penhora regulada pelos artigos 672 e seguintes do CPC, pois que, para tanto, os devedores dessas obrigações nem precisam ser cientificados, podendo chegar ao ponto de permitir até mesmo que recaia sobre a possibilidade de se celebrar negócios (compras e vendas e prestações de serviços), que, uma vez existentes, passam a vincular-se ao controle judicial.

É de se voltar, entretanto, à configuração do objeto deste estudo, prosseguindo-se com uma visão da elaboração legislativa que se utilizou da expressão *faturamento*.

Antes mesmo da Constituição de 1988, havia sido editado o Decreto-lei n.º 1.940, de 1982, que também previa a utilização do faturamento como fato gerador do extinto FINSOCIAL¹⁹⁹, não adotando, contudo, esse termo em seu texto, mas a expressão *"receita bruta"*: O legislador não quis desde o início dizer que o

¹⁹⁹Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, instituído pelo Decreto-lei n.º 1.940, de 1982, que previa o pagamento de contribuições sobre o faturamento das empresas. Esse decreto foi revogado expressamente pela Lei Complementar n.º 70, de 1991 - art. 13.

²⁰⁰BRASIL, *Decreto-lei n.º 1.940, de 1982*: "Art. 1.º.- É instituída, na forma prevista neste Decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação,

faturamento corresponderia à soma das faturas emitidas, pois dentre elas poderiam aparecer as relacionadas às vendas a prazo e as operações à vista.

Houve até uma primeira tentativa de equiparação de faturamento a receitas, mas acabou frustrada. Essa situação ficou prevista em dois decretos-lei: 2.445 e 2.449, ambos de 1988, editados em 29 de junho e em 21 de julho, respectivamente. Esses diplomas foram reconhecidos como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, pois tentavam alterar o conceito de faturamento para o de *receita bruta operacional*, sendo que o propósito era o de elevar a arrecadação das contribuições destinadas ao PIS. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, naquela época, essas exações não tinham caráter tributário, de maneira que não poderiam ser veiculadas normas através de decretos-lei, majorando-as ou regulando-as?".

Mas a legislação do Imposto de Renda, embora também venha utilizando a expressão como o *produto das vendas de bens e serviços*, tem sofrido uma interpretação mais elástica, resultando daí que não só as vendas à vista, mas também os negócios a prazo acham-se compreendidos no conceito. Pode-se citar, a título de exemplo, o art. 31 da Lei n.º 8.981, de 1995, que, conquanto utilize o termo *receita bruta*, quer estabelecer que todas as vendas (o *produto delas todas, à vista*

habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor. § 1º - A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5 % (meio por cento) e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras."

201BRASIL, *Decreto-lei n.º 2.445, de 1988*: Art. 1º. Art. 1º Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 1988, as contribuições mensais, com recursos próprios, para o Programa de Formação do patrimônio do Servidor Público - PASEP e para o Programa de Integração Social - PIS, passarão a ser calculadas da seguinte forma: (Redação dada ao caput pelo Decreto-Lei nº 2.449 de 21.07.1988, DOU 22.07.1988) (...) V - demais pessoas jurídicas de direito privado, não compreendidas nos itens precedentes, bem assim as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto sobre a Renda, inclusive as Serventias Extrajudiciais Não Oficializadas e as sociedades cooperativas, em relação às operações praticadas com não cooperados: 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) da receita operacional bruta. (Redação dada ao inciso pelo Decreto-Lei nº 2.449, de 21.07.1988, DOU 22.07.1988)" (grifou-se)

202BRASIL. Supremo Tribunal Federal: PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) - ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA E PRAZO DE RECOLHIMENTO - DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88 - INCONSTITUCIONALIDADE - Reformando jurisprudência da corte, que nega ao PIS o conceito de tributo ou a sua conceituação no âmbito das finanças públicas, o plenário concluiu que as alterações à disciplina da referida contribuição não poderiam ser editadas por Decreto-Lei. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 158307-1 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Octávio Gallotti - DJU 01.12.1995.

e a prazo) compõem os resultados atingidos pela incidência desse imposto". No mesmo sentido, está o art. 279 do Decreto n.º 3.000, de 1999²⁰⁴.

Mesmo a Lei n.º 4.506, de 1964, que disciplina o Imposto de Renda desde os idos de 1964 ao lado de inúmeros outros diplomas que surgiram ao longo desse tempo, já estabelecia que a receita bruta compõe-se do produto das vendas efetuadas?", o que abarca tanto as operações à vista quanto as a prazo.

Todavia, tratando-se da utilização das *receitas* como fato capaz de demonstrar capacidade contributiva, e, por conseguinte, permitir a incidência de tributos, a própria legislação do Imposto de Renda indica que dela devem ser deduzidas as despesas operacionais da empresa, para daí chegar-se à *receita líquida*, que será atingida pela tributação. Esse é, em síntese, o significado de *renda* ou *lucro* adotado pela legislação do Imposto de Renda, que se afina às regras gerais impostas pelo Código Tributário Nacional?".

Já a definição de *despesa operacional* é dada pela lei (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47²⁰⁷). Mas esse conceito é utilizado especificamente em relação- à tributação, de sorte que podem ocorrer despesas operacionais que, a despeito de possuírem essa natureza, não são dedutíveis para efeito de incidência do Imposto

203BRASIL, *Lei n.º 8.981, de 1995*: "Art. 31. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário."

204BRASIL, *Decreto n.º 3000, de 1999*: "Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei n.º 4.506, de 1964, artigo 44, e Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, artigo 12). Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário."

205BRASIL, *Lei n.º 4.506, de 1964*: "Art. 44. Integram a receita bruta operacional: I - o produto da venda dos bens e serviços nas transações ou operações de conta própria; II - o resultado auferido nas operações de conta alheia; III - as recuperações ou devoluções de custos, deduções ou provisões; IV - as subvenções correntes, para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais."

206BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis."

207BRASIL, *Lei n.º 4.506, de 1964*: "Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora."

de Renda. É o caso, por exemplo, das despesas com tributos pagos fora do exercício financeiro a que correspondem (art. 50, Lei n.º 4.506, de 1964). Esses valores não podem ser deduzidos das receitas operacionais brutas para efeito de incidência do Imposto de Renda, embora consistam em despesas que diminuem os resultados da empresa. A previsão legal nesse sentido, de não considerar o pagamento intempestivo do tributo como despesa dedutível para o cálculo do Imposto de Renda justifica-se plenamente: consiste em meio de forçar o contribuinte a manter-se em dia com suas obrigações perante o Erário,

Chega-se, então, ao conceito de *receita líquida* ou *receita operacional líquida*, que, pela ótica da legislação tributária, corresponde às receitas brutas auferidas num período, deduzidas as despesas relacionadas às atividades da empresa, observando-se os períodos de competência conforme estabelecido pela legislação do Imposto de Renda.

Mas esse conceito não pode ser utilizado quando se fala em penhora de faturamento, pois, como visto, podem ocorrer despesas que, a despeito de não ser possível a dedução para efeito de cálculo do Imposto de Renda, também alteram os resultados da sociedade, diminuindo-os. Além disso, a apuração dos resultados de uma empresa é feita anualmente, coincidindo, de regra, o exercício social com o ano civil, enquanto que a penhora de faturamento exige a prestação mensal de contas por parte do administrador judicial, admitindo, então, a extração de recursos em períodos bem menores que aqueles destinados à verificação dos resultados de um negócio.

Essa situação traz mais um elemento que complica a definição de faturamento para efeito de se considerar a sua penhora, pois não será possível utilizar o mesmo conceito determinado pela legislação do Imposto de Renda para efeito de apuração do lucro líquido, haja vista que não terá como ser olvidada pelo depositário a existência de tributos em aberto e que não foram pagos nas épocas próprias: se ele não os adimplir, poderá estar violando disposições legais que fixam a ordem de preferência nos pagamentos'?"

208Deacordo com Agostinho Celso Cilento GIUSTI, em matéria de Direito Financeiro, "Conforme a nossa atua/legislação, coincide o exercício financeiro com o ano civil tendo, pois, como este, início a 1º de janeiro e término e 31 de dezembro. " (R. Limongi FRANÇA [Coord.], *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 35, p. 188).

Não obstante os argumentos expostos no parágrafo anterior, que dizem respeito à violação da ordem de preferência em relação aos créditos tributários pela preterição dos mesmos em relação a outras dívidas, o administrador, ainda por cima, poderá atrair para si a responsabilidade solidária e ilimitada se não satisfizer os créditos fiscais com observância da falada ordem, decorrendo essa solidariedade

de expressa disposição legal¹⁰.

Esse aspecto já revela que não tem cabimento ao juiz ordenar o depósito judicial de um determinado percentual apurado do faturamento do executado, para que o administrador o faça cegamente, pois há, como falado, uma preferência a ser seguida e respeitada. Até mesmo o eventual descumprimento de uma decisão dessas poderá ser justificado pelo interessado, demonstrando-se que não sobraram recursos para se concluir a conduta esperada pelo juízo da execução, o que também afastará qualquer discussão acerca de uma possível infidelidade no comportamento do depositário, com a apresentação, inclusive, de uma excludente de antijuridicidade que desconfigura até mesmo o crime de prevaricação.

Por seu turno, qualquer administrador sabe que essa ordem de preferência precisa ser observada a todo custo, de sorte que o plano que for apresentado, logo no limiar da penhora de faturamento, terá de prever como se dará o cumprimento da lei em tal ponto, sendo certo também que o juiz não poderá homologar um plano que contrarie normas de ordem pública, como as que regulam a ordem de **preferência e classificam os créditos.**

Daí, pode-se concluir que será manifestamente ilegal a ordem judicial para se depositar um percentual que beneficiará o exequente sem que haja antes a reserva de valores relativos aos créditos privilegiados e também para a satisfação

²⁰⁹BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da

legislação do trabalho."

²¹⁰BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório." (grifou-se).

dos que gozam de preferência legal, não favorecendo ao depositário a alegação de que a obediência à ordem hierárquica adveio de superior¹¹, qual seja, o juiz da execução. Noutras palavras, o administrador deve obedecer à ordem e verificar os privilégios e preferências que os créditos gozam, para não pagar valores indevidos, nem entregar ao juízo da execução quaisquer importâncias, preterindo outros credores mais importantes e que necessitam receber seus haveres considerando-se a ordem ditada pela lei. Se descumprir essa condição, ficará solidariamente responsável pelo adimplemento do credor preterido, além de poder responder pelo

crime de prevaricação²¹².

A análise que se faz demonstra, então, que a definição de faturamento terá de ser encontrada fora do campo do Direito Tributário, embora ele forneça muitos dos elementos que podem ser considerados na elaboração do conceito.

Com efeito, se o Direito Tributário deve obedecer às regras, conceitos e formas provindas do direito privado, funcionando como dogma essa asserção para efeito de definição e limitação das competências entre a União, os Estados e os Municípios²¹³, a situação inversa pode, entretanto, ser admitida.

²¹¹BRASIL, *Código Penal*: "Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984)"

²¹²BRASIL, *Código Penal*: "Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa." Não se trata de crime de desobediência, haja vista que os auxiliares do juízo definidos no art. 139 do CPC, como o perito, o administrador e o depositário, são tidos como funcionários públicos. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - PERITO CRIMINAL _ RECUSA AO TERMO DE COMPROMISSO - PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO - EMENDA DO LIBELO _ PREVARICAÇÃO - 1. O perito criminal não pode, em princípio, ser agente do crime de desobediência, dado que, além de equiparado a funcionário público - que, agindo nessa qualidade, não comete tal delito -, está submetido a sanção pecuniária pela não aceitação do encargo (art. 277 . CPP), o que, salvo ressalva expressa de Lei, afasta a sanção pelo art. 330 . CP. 2. podendo os fatos da denúncia, todavia, ter enquadramento como prevaricação (art. 319 . CP), pelo mecanismo processual penal da emendatio libelli, sem ofensa ao princípio da correlação entre a imputação e a sentença, exame que deve ficar reservado ao julgador de primeiro grau, em face do conjunto da prova, não se aconselha, na espécie, o trancamento da ação penal por desobediência. 3. Ordem de habeas corpus que se nega. HC 01000394128 - GO - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Olindo Menezes - DJU

28.02.2003 - p. 110.

²¹³BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

Na análise da penhora de faturamento, podem ser usados os conceitos advindos do Direito Tributário, os quais poderão sofrer mudanças de modo a **adaptarem-se à situação peculiar dessa coação.**

Realmente, devem predominar no Direito Tributário os conceitos, institutos e formas de Direito Privado - Civil ou Comercial (ou, na terminologia mais moderna, Direito Empresarial) - , conforme afirmado por Aliomar BALEEIRO, que observou, **em relação ao Código Tributário Nacional,**

que a inalterabilidade das definições, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas do Direito Privado é estabelecida para resguardá-los no que interessa à competência tributária. texto acotovela o pleonasma para dizer que as 'definições' e limites dessa competência, quando estatuídos à luz de Direito Privado, serão as deste, nem mais nem menos:".

Discorrendo sobre esse mesmo assunto, Antônio J. Franco de CAMPOS esclarece que

O direito privado difere, substancialmente, do tributário: aquele 'tem por campo de disciplina a validade jurídica dos atos'; este, por sua vez, 'exaure-se com a investigação de seu conteúdo econômico ... sobreleva a importância econômica, sem maiores considerações para com a vestimenta', que seria a forma. Por outro lado, a lei tributária não pode alterar categorias formais do direito privado. Quais? As utilizadas pela Constituição Federal, dos Estados, pelas leis orgânicas do Distrito Federal e Municípios, em matéria de competência²¹⁵.

Embora o Direito Tributário não possa, então, alterar os conceitos e formas advindos do direito privado (o que violaria o art. 110, do CTN), pois isso poderia

²¹⁴Aliomar BALEEIRO, *Direito Tributário brasileiro*, p. 444.

²¹⁵Ives Gandra da Silva MARTINS (Coord.), *Comentários ao Código Tributário Nacional*, volume 2, p. 126.

autorizar a exigência de tributos sem limitações de qualquer espécie, percebe-se que a relação inversa é admitida: nota-se que o Direito Privado poderá adaptar os conceitos e formas que promanam do Direito Tributário, para, assim, aplicá-los na interpretação e incidência da penhora de faturamento?".

Ademais, consistindo a penhora em instituto de Direito Processual Civil, que se situa no âmbito do Direito Público-", ainda assim a equiparação será possível, dado o princípio da instrumentalidade das formas, justificado em razão dos fins do processo. Cândido Rangel DINAMARCO ensina que *Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.*

O processo, resolvendo conflitos intersubjetivos, tem, assim, seus pontos de contato com o direito material, mesmo porque, enfatiza José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Grande parte dos fenômenos processuais leva em conta dados fornecidos pela situação da vida regrada pelo direito metetei"* Ele conclui seu pensamento: *todos os institutos fundamentais do direito processual recebem reflexos significativos da relação jurídica material (jurisdição, ação, defesa e processo).* ²¹⁹

A ligação do Direito Processual Civil com o direito privado é extensa, o que é reconhecido pela doutrina há muito tempo. José Frederico MARQUES, por exemplo, observa que

²¹⁶Cândido Rangel DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 206.

²¹⁷Moacyr Amaral SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 18, enfatiza que O caráter publicista se evidencia ao considerar que o direito processual civil regula as atividades dos órgãos jurisdicionais, que são órgãos do Estado, com a finalidade de administrar a justiça, isto é, de atuar a lei, assegurando os interesses dos respectivos titulares, quando tutelados pelo direito. Resguardadora da ordem jurídica e, portanto, da paz social, a função jurisdicional, do mesmo modo que a função legislativa e a administrativa, se disciplina por normas de direito público.

²¹⁸José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 26.

²¹⁹José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 28.

O direito privado (civil e comercial) é, depois do constitucional, aquele que com que mais freqüência se liga ao Direito Processual Civil, uma vez que as lides entre particulares são as que com maior volume aparecem no âmbito da jurisdição civil. E é na área do direito de ação que mais se aglutinam o direito privado e o Processual Civil, uma vez que cabe àquele fornecer as coordenadas pertinentes ao interesse de agir e sua legitimação subjetiva, de par com preceitos sobre a capacidade para estar em juízo.

Ainda que ciência autônoma, o Direito Processual Civil continua haurindo no direito privado normas sobre o *ius actionis*, uma vez que este é exercido em função de exigências insatisfeitas, cujo supedâneo legal está nos códigos e leis jurídico-privadas.

E que dizer da falência, instituto de direito mercantil, que, no entanto, tem no processo de execução coletiva o seu indeclinável *modus operandi* e um de seus sinais específicos?²²⁰

A execução por quantia certa visa expropriar bens do devedor, para satisfação do crédito do exeqüente, aparecendo bem aí um desses pontos de contato com o direito privado. Esse escopo da execução, de satisfazer o credor, é assinalado por Cândido Rangel DINAMARCO:

Se a execução procura ir à satisfação do direito subjetivo, com integral realização da vontade do direito objetivo, ela se qualifica mais como um modo de extinção dos direitos subjetivos relativos, ao lado do adimplemento pelo obrigado ou por terceiro, da prescrição, da novação, da compensação.

Por isso é que, conforme já referido, a doutrina em geral e a própria lei usam indistintamente a palavra execução tanto para significar um resultado (atuação prática da vontade da lei), como para as atividades tendentes a esse resutteo?"

220 José Frederico MARQUES, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 19.

221 Cândido Rangel DINAMARCO, *Execução civil*, p. 111.

220

Fecha-se, então, esse raciocínio admitindo-se a interferência dos conceitos, institutos e formas de Direito Tributário no direito privado. Por seu turno, o Direito Tributário influencia o Direito Processual Civil, que, finalmente, admite o uso da analogia, costumes e princípios gerais de direito para suprir as lacunas²²².

Mesmo a execução fiscal não perde essa característica, sofrendo também a influência do direito privado, pois, conquanto consista num meio que visa a extinção de créditos de titularidade das entidades públicas, sustenta José da Silva PACHECO: *Há que se ressaltar que, como execução singular, deve atender ao interesse do credor, do que resulta que os meios executivos têm de ser apropriados à consecução dessa finalidade.*²²³ Esses interesses acabam nivelando a Administração aos particulares. A propósito, Hely Lopes MEIRELLES enfatiza que *A administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Civil ou Comercial), no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de sua supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico.*²²⁴

Na execução fiscal o Estado, mesmo possuindo inúmeras regalias e privilégios, é nivelado ao particular. Ele busca a realização de um direito, na condição de legítimo credor de alguém. Precisa, então, respeitar ao menos os direitos e garantias individuais²²⁵.

²²²Pode-se asseverar, seguramente, que a plenitude logicamente necessana, ínsita ao sistema jurídico, encerra um princípio, em grande escala, exato: o ordenamento jurídico não contém lacunas. E dizemos isto porque o próprio ordenamento contém uma mecânica tal, possibilitadora de fornecer outros elementos (analogia, costume, princípios gerais de direito), que, apesar de não contemplarem expressamente dado caso, são técnicas através das quais revela-se a integridade do sistema, ou, pelo menos, a possibilidade de, através de elementos do próprio sistema, explicitar-se a sua integridade (LICC, art. 4.º, e CPC, art. 126). Arruda ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 138.

²²³José da Silva PACHECO, *Comentários à lei de execução fiscal*, p. 10.

²²⁴Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 146.

²²⁵Referida situação é analisada por José da Silva PACHECO, *Comentários à lei de execução fiscal*, p. 11, que diz: *Apresenta-se, pois, desde logo, a grande dificuldade inicial, mais psicológica do que jurídica, mas que tem de ser enfrentada com galhardia: embora o exeqüente e o executado devam ser tratados igualmente, perante a lei, evidencia-se que, com respeito aos direitos dela decorrentes, são diversas as posições das partes, devendo a execução fazer-se, com todos os meios executivos disponíveis, para atender aos interesses e aos direitos do exeqüente. Contudo, por mais legítimo que seja tal princípio, de que deve a execução se nortear para atender ao interesse do credor, não se pode abster de: 1º) preservar o direito inviolável do executado de ser citado pessoalmente, somente se facultando a citação ficta em casos excepcionalíssimos, expressamente previstos em lei, e de ter*

Aqui, então, será preciso investigar o conteúdo econômico, bastante explorado no âmbito Direito Tributário, e não a disciplina jurídica dos atos, definida pelo direito privado, para ser solucionada a questão acerca da penhora de faturamento. Além disso, referindo-se a penhora a um instituto de Direito Processual Civil, a interpretação não deixará de lado a finalidade almejada com a coação ao patrimônio do executado.

Desse modo, como não há outras leis definindo de forma clara o que vem a ser *faturamento*, a não ser aquelas que disciplinam atualmente a arrecadação da COFINS²²⁶, será necessário utilizar essas mesmas normas como fontes para elaboração desse conceito, que será transposto de maneira mais larga e abrangente para o Direito Processual Civil, objetivando a maior efetividade do processo de execução.

Entre a Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional n.º 20 surgiu a Lei Complementar n.º 70, de 1991, que, ao instituir as contribuições sociais denominadas COFINS, estabeleceu:

*Art. 2º. A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o **faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.**"*
(grifou-se).

Aqui, então, observa-se o esforço do legislador em configurar ou caracterizar o *faturamento*, equiparando-o às receitas: consiste na somatória dos valores auferidos a cada mês, decorrentes das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços ou, então, apenas de serviços.

ciência dos atos expropriatórios; 2º) admitir os embargos pertinentes, mediante prévia garantia da execução; 3º) permitir, em qualquer fase, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária, e somente liberar o depósito (arts. 9º, I e § 4º, 15, I, e 32 da LEF) após o trânsito em julgado da decisão (art. 32, § 2º, da LEF); 4º) dar seqüência aos atos expropriatórios somente se não houver embargos ou forem eles julgados improcedentes e não houver pagamento ou depósito em dinheiro, como será salientado adiante.

²²⁶BRASIL, Lei Complementar n.º 70, de 1991 e Lei n.º 9.718, de 1998.

Surgiu, assim, com a Lei n.º 9.718, de 1998, uma definição mais clara sobre esse instituto, dispondo o seguinte:

Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º. Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o artigo 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Redação dada ao inciso pela Medida Provisória nO2.037-24, de 23.11.2000, DOU 24.11.2000)

III - (Revogado pela Medida Provisória n° 2.037-24, de 23.11.2000, DOU 24.11.2000, a partir da publicação)²²⁷

Ao que parece, a definição dada pelo legislador refere-se não apenas às *receitas*, mas às *receitas auferidas*, o que, na verdade, consiste em pleonasmos: enquanto não auferidas, não serão receitas, mas mera expectativa ou qualquer outra coisa-", menos receitas.

Pois bem: essa lei traz várias idéias a respeito do que pode ser adotado como faturamento, distinguindo inclusive os chamados ingressos que não afetam a situação patrimonial do interessado (conforme estabelecia o inciso III, que foi revogado pela MP n.º 2.037-24, de 23.11.2000).

Faturamento, segundo essa lei, é a totalidade dos valores recebidos (receita bruta) em determinados períodos. Excluem-se, entretanto, desses valores:

- a. as vendas canceladas, porque representam negócios desfeitos, que frustram a obtenção de receitas;
- b. os descontos incondicionais concedidos, porque recaem sobre os preços dos produtos ou serviços, resultando em diminuição - na mesma proporção em que se verificam - das receitas;
- c. os valores recebidos pelo estabelecimento industrial a título de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, porque serão repassados à União, consistindo em meros ingressos e não em receitas propriamente ditas;
- d. os valores recebidos a título de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrados pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, porque também serão repassados ao Estado membro, não configurando receitas, mas simples ingressos que não modificam a situação patrimonial da empresa.²²⁸

²²⁷Assim dispunha o inciso revogado: "111- os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo; IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente."

²²⁸Crédito, por exemplo, que alguns chamam de *dinheiro futuro*.

²²⁹Também não pode ser tido como receita o ICMS que incide normalmente sobre as operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte e de comunicações, e não apenas

- e. as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, desde que não representem ingressos de novas receitas. Esses créditos baixados como perda correspondem aos valores que não poderão ser recebidos (e que justamente por isso não resultarão em receitas), face a insolvência dos devedores ou esgotamento dos meios de cobrança junto a eles;
- f. o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita. Esses valores correspondem à mera equivalência entre os investimentos e os custos de aquisição dos mesmos, sendo computados apenas para se constatar a variação (para mais ou para menos), não representando receitas. Apenas quando os investimentos são alienados é que as receitas podem ser tidas como auferidas;
- g. e as receitas decorrentes da venda de bens do ativo permanente. Os valores decorrentes dessas vendas não são computados como receitas porque as mesmas não resultam de operações que envolvem a venda de mercadorias ou a prestação de serviços. Entretanto, a despeito de serem excluídos da tributação, na penhora de faturamento esses valores serão considerados, mesmo porque admite-se a penhora dos bens que integram o ativo permanente, não sendo possível desprezar que a constrição atinja o produto da alienação dos mesmos.

o resultante de operações em que há a figura da substituição tributária. Isso porque ele é cobrado do chamado contribuinte de fato e repassado ao Erário. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre esse assunto, conforme se vê pela decisão proferida no RE n.º 240.785-MG, cuja ementa disponível diz: INCIDÊNCIA DA COFINS SOBRE O ICMS - Iniciado o julgamento de recurso extraordinário em que se alega a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar 70/91. O Min. Marco Aurélio, relator, votou no sentido do conhecimento e provimento parcial do recurso, por entender estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, tendo em vista que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não-faturamento (art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: b) a receita ou faturamento). Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim. (STF - RE 240.785 - MG - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 08.09.1999 - Informativo 161 -15.09.1999 - p. 01).

Conquanto o inciso 111, como acima já foi possível antever, tenha sido revogado, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica não podem ser considerados como receitas, pois pertencem a outra pessoa, para a qual são simplesmente repassados.

Estão, nesse contexto, à guisa de exemplos, sendo a relação abaixo apenas elucidativa: a) as pensões alimentícias descontadas pela empresa dos salários de seus empregados, cujos valores são repassados aos seus legítimos credores; b) outros valores descontados dos salários a qualquer título, destinados a sindicatos e até mesmo à satisfação de contratos de mútuo perante instituições financeiras²³⁰; c) os valores que devem ser pagos pelo consignatário ao consignante, nos contratos estimatórios²³¹; d) os valores recebidos por um transportador, à exceção da parte que lhe cabe, que se destinam a remunerar os demais que assumiram um contrato de transporte cumulativos²³²; e) os valores que couberem ao comitente, no contrato de comissão, consistindo receita para o comissário apenas a remuneração que lhe é paga pelo comitente²³³; f) os valores dos aluguéis e rendas recebidos de terceiros por administradores de bens; g) os valores que o empreiteiro deve repassar ao sub-empreiteiro, nos contratos de empreitada²³⁴; h) os valores recebidos pelo depositário em nome do depositante, decorrentes da renda ou frutos da coisa colocada sob sua guarda, quando não autorizado a servir-se da coisa em seu poder²³⁵; i) o valor do aluguel recebido pelo sub-locador, quando expressamente autorizada a sub-locação

²³⁰Conforme admite a MP n.º 130, de 17 de setembro de 2003.

²³¹Contratos estimatórios acham-se disciplinados nos artigos 534 a 537, do Código Civil de 2002. Consistem em operações em que "o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada"

²³²O transporte cumulativo está regulado pelo art. 733, do Código Civil em vigor, que estabelece: Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas. § 1º O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso. § 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto.

²³³O contrato de comissão é regido pelos artigos 693 a 709, do Código Civil em vigor.

²³⁴Empreitada acha-se disposta nos artigos 610 a 626 do Código Civil em vigor.

²³⁵O Código Civil de 2002 é expresso em determinar: "Art. 640. Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem."

pelo locador e cujo valor não exceder ao da locação-"; j) os valores retidos a título de ISSQN pelo tomador de serviços, em relação aos pagamentos que tiver de efetuar ao prestador-": l) os valores retidos pelo tomador em razão do uso de mão de obra cedida pelo prestador, como no caso dos contratos de prestação de serviços de vigilância e segurança, de limpeza, conservação e zeladoria, empreitada e contratação de trabalho temporário, na forma prevista pela Lei n.º 6.019, de 1974²³⁶.

Pode-se dizer que a Lei n.º 9.718, de 1998, como também as medidas provisórias que buscaram modificar seu texto (2.037, por exemplo) seriam inconstitucionais, uma vez que teriam, de certo modo, alterado tanto a Lei Complementar n.º 7, de 1970, quanto a Lei Complementar n.º 70, esta de 1991. A

²³⁶Afixação do aluguel na sublocação é definida pelo art. 23, da Lei n.º 8.245, de 1991: "Art. 21. O aluguel da sublocação não poderá exceder o da locação; nas habitações coletivas multifamiliares, a soma dos aluguéis não poderá ser superior ao dobro do valor da locação. Parágrafo único. O descumprimento deste artigo autoriza o sublocatário a reduzir o aluguel até os limites nele estabelecidos. "

²³⁷Essa retenção acha-se autorizada pela Lei Complementar n.º 116, de 2003, conforme estabelece seu art. 6º: "Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais. § 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte. § 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, são responsáveis: I - o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País; II - a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa."

²³⁸Essas retenções acham-se previstas no art. 31, da Lei n.º 8.212, de 1991, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.711, de 1998: "Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do artigo 33. § 1º. O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. § 2º. Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. § 3º. Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. § 4º. Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: I - limpeza, conservação e zeladoria; II - vigilância e segurança; III - empreitada de mão-de-obra; IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 03 de janeiro de 1974. § 5º. O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei n.º 9.711, de 20.11.1998, DOU 21.11.1998)."

inconstitucionalidade estaria na hierarquia desses diplomas inferiores, que não teriam o condão de modificar as leis complementares.

Mas, na prática, isso não ocorre. A lei complementar pode ser modificada por lei ordinária quando veicula matéria de competência dessa última.

Segundo Celso Ribeiro BASTOS, as leis complementares possuem *um campo indevassável pelas demais normas do sistema*²³⁹. Ele prossegue dizendo:

Para explicar esta inderrogabilidade é desnecessário fazer apelo a uma posição hierárquica superior. Ela justifica-se pela possessão de uma área de incidência material própria, à semelhança do que ocorre com as leis federais, estaduais e municipais. Estas também não se revogam mutuamente, exatamente em razão de possuírem matérias exclusivas. Em assim sendo, admitindo-se a separação de matérias entre as leis complementares - o que de fato existe, pois a Constituição especifica quais as matérias, com exclusão de quaisquer outras, que poderão ser objeto de tratamento por lei complementar - resulta claro que qualquer contradição entre esta e outra espécie normativa qualquer terá forçosamente de ter sido causada por invasão de competência de uma pela outra. Esta subversão de competência constitui-se em lesão à Constituição. A lei que invada matéria própria da lei complementar, antes de ferir a esta última, agride diretamente ao Texto Maior. Daí a sua inconstitucionalidade. ²⁴⁰

Pode parecer, a partir desse ensinamento, que a lei ordinária que dispusesse acerca de matérias tratadas em leis complementares seria claramente inconstitucional. Mas não é tão simplista assim esse raciocínio, pois, conforme enfatizou o constitucionalista, na lição acima vazada, essa lei ordinária terá de, num primeiro plano, ofender diretamente a própria Constituição dispondo acerca de matérias reservadas às leis complementares.

²³⁹Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de direito constitucional*, p. 163.

²⁴⁰Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de direito constitucional*, p. 163.

Buscou-se, no magistério de Geraldo ATALIBA, subsídios para tentar explicar melhor essa situação, que partem de uma distinção, classificando as leis complementares em formais e materiais. Ele sustenta:

Diante do nosso sistema constitucional, pois, pode-se sustentar que, substancialmente, há duas espécies de leis complementares: aquelas que ontologicamente o são e aquelas assim qualificadas pelo texto expresso na Lei Magna. Só para estas últimas a Constituição exige processo especial de elaboração. Formalmente, portanto, só há uma espécie de lei complementar. ²⁴¹

E conclui:

Acontecendo de a lei complementar extravasar o campo específico próprio da espécie - e problema se coloca principalmente com relação à lei ordinária - surge a questão de se saber se, nesta hipótese, pode ser derogada por norma que não outra lei complementar. Em outras palavras: pode, por exemplo, a lei ordinária dispor em contrário à lei complementar, em matéria não privativa desta? A resposta é intuitiva e decorre das imposições do sistema: sim. A lei ordinária pode perfeitamente dispor sobre qualquer matéria não reservada à lei complementar, inclusive derogando a espécie normativa, neste campo. É que a lei complementar, fora de seu campo específico - que é aquele expressamente estabelecido pelo constituinte - nada mais é do que lei ordinária. A natureza das normas jurídicas - em sistemas positivos como o nosso, objeto de quase exaustivo tratamento constitucional - é dada conjuntamente pela forma (no caso, de elaboração) e pelo conteúdo. Este sem aquela não configura a entidade, da mesma maneira que aquela sem este. Só há lei

²⁴¹Geraldo ATALIBA, *Lei complementar na constituição*, p. 31.

complementar válida e eficaz, quando concorrem os dois elementos citados para configurá-la. ²⁴²

Essa lição acabou sendo agasalhada pela jurisprudência, mormente a da Excelsa Corte, que admite a revogação da lei complementar por lei ordinária quando aquela não veicula matéria (conteúdo) própria de lei complementar-".

Casos há, todavia, que não admitem uma afirmação tão segura acerca da possibilidade de revogação de lei complementar por lei ordinária. Basta ver que, se uma lei complementar pode muito bem regular as limitações constitucionais ao

²⁴²GeraldA TALIBA, *Lei complementar na constituição*, p. 35-6.

²⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS IEIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROBLEMA DO FINSOCIAL EXIGÍVEL DAS EMPRESAS DE SERVIÇO - FINSOCIAL - CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELAS EMPRESAS DEDICADAS EXCLUSIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - EVOIUÇÃO NORMATIVA - CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL EXIGÍVEL DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO, SEGUNDO O ART. 28 L. 7.738/1989 - CONSTITUCIONALIDADE, PORQUE COMPREENSÍVEL NO ART. 195, I, CF, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - 1. O recurso extraordinário e mecanismo de controle incidente da constitucionalidade de normas, cujo âmbito material, portanto, não pode ultrapassar o da questão prejudicial de inconstitucionalidade de solução necessária para assentar premissa da decisão do caso concreto. 2. Conseqüente limitação temática do RE, na espécie, a questão da constitucionalidade do art. 28 da L. 7.738/1989, única, das diversas normas jurídicas atinentes ao FINSOCIAL, referidas no precedente em que fundado o acórdão recorrido, que é prejudicial da solução deste mandado de segurança, mediante o qual a impetrante - empresa dedicada exclusivamente a prestação de serviços -, pretende ser subtraída a sua incidência. 3. Sob a Carta de 1969, quando instituída (DL. 1940/82, art. 1º, § 2º), a contribuição para o FINSOCIAL devida pelas empresas de prestação de serviço - ao contrário das outras modalidades do tributo afetado a mesma destinação-, não constituía imposto novo, da competência residual da União, mas, sim, adicional do imposto sobre a renda, da sua competência tributária discriminada (STF, RE 103.778, 18.09.1985, Guerra, RTJ 116/1138). 4. Como imposto sobre renda, que sempre fora, e que dita modalidade de FINSOCIAL - que não incidia sobre o faturamento e, portanto, não foi objeto do art. 56 ADCT/88 - foi recebida pela Constituição e vigeu como tal até que a L. 7.689/1988 a substituiu pela contribuição social sobre o lucro, desde então incidente também sobre todas as demais pessoas jurídicas domiciliadas no país. 5. O art. 28 da L. 7.738 visou a abolir a situação antiisonômica de privilégio, em que a L. 7.689/1988 situara ditas empresas de serviço, quando, de um lado, universalizou a incidência da contribuição sobre o lucro, que antes só a elas onerava, mas, de outro, não as incluiu no raio de incidência da contribuição sobre o faturamento, exigível de todas as demais categorias empresariais. 6. O tributo instituído pelo art. 28 da L. 7.738/1989 - como resulta de sua explícita subordinação ao regime de anterioridade mitigada do art. 195, § 6º, CF, que delas é exclusivo - é modalidade das contribuições para o Financiamento da Seguridade Social e não, imposto novo da competência residual da União. 7. Conforme já assentou o STF (RREE 146733 e 138284), as contribuições para a Seguridade Social podem ser instituídas por lei Ordinária, quando compreendidas nas hipóteses do art. 195, I, CF, só se exigindo lei Complementar, quando se cuida de criar novas fontes de financiamento do sistema (CF, art. 195, § 4º). 8. A Contribuição Social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei Complementar: no art. 28 da L. 7.738/1989, a alusão a receita bruta, como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do DL. 2.397/1987, que é equiparável a noção corrente de faturamento das empresas de serviço. RE 150.755 - PE - TP - Rel. pl Ac. Sepúlveda Pertence - DJU 20.08.1993 - girou-se.

poder de tributar em relação a uma contribuição social, a instituição desse tributo, depois, terá de colher obediência ao que ficar estabelecido na norma de caráter nacional. Numa situação dessas, não será certo afirmar que essas contribuições podem ser veiculadas por leis ordinárias ou que estas leis poderão revogar as complementares.

Tal posição não traz a esperada segurança ao sistema, uma vez que pode haver dúvida em relação ao espectro de incidência das leis complementares em sentido material, dado que se pode mesmo afirmar que todas as que assim forem editadas no âmbito tributário poderão estar cumprindo a missão estampada no inciso I do art. 146 da Magna Carta. Mesmo assim, essa lição é referendada pela jurisprudência, conforme já visto.

De qualquer modo, vale observar, em que pese o magistério de Geraldo ATALIBA, que há vozes na doutrina que são contrárias a essa interpretação, citando-se o magistério de Hugo de Brito MACHADO. Esse mestre cearense sustenta a impossibilidade de uma lei complementar ser revogada por lei ordinária, sendo que sua opinião está assim escrita:

Meditando sobre o tema, relendo as referidas lições da doutrina, e especialmente relendo os dispositivos da Constituição, modificamos nosso ponto de vista. Na verdade a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, independentemente da matéria que regula, e mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser revogada por lei ordinária.

A superioridade hierárquica da lei complementar tem sido afirmada, sem qualquer questionamento, por eminentes constitucionalistas. O problema na verdade não está nessa superioridade, de resto reconhecida sem qualquer objeção razoável, mas na questão de saber se a própria caracterização da lei complementar, como espécie normativa autônoma, depende da matéria regulada. Em outras palavras, o que se pode razoavelmente questionar é se uma lei complementar, pelo fato de tratar de matéria

a ela não reservada pela Constituição, tem a natureza de lei ordinária.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que **a superioridade hierárquica das normas jurídicas em geral é conferida pelo elemento formal**. Não pelo elemento material, pelo conteúdo da norma. É certo que, segundo alguns eminentes constitucionalistas, a Constituição tem conteúdo próprio. Ninguém, todavia, nega a uma norma incluída no texto de uma Constituição, a postura hierárquica desta, qualquer que seja o seu conteúdo. E as leis complementares, cuja existência fora afirmada mesmo antes de a Constituição de 1967 as haver adotado formalmente, **só ganharam superioridade hierárquica quando ganharam autonomia formal**.

Quando a lei ordinária trata de matéria que não está compreendida no campo da denominada reserva legal, e que por isto mesmo poderia ser tratada por um ato normativo inferior, não se desnatura por isto. Nem poderá ser alterada ou revogada, a não ser por outra lei. A fixação de prazo para o recolhimento de tributo, por exemplo, foi considerada pela jurisprudência como matéria alheia ao campo da reserva legal. Entretanto, no caso do IPI, considerou a jurisprudência que existindo, como era o caso, dispositivo de lei estabelecendo tal prazo, não poderia este ser alterado por ato de hierarquia inferior.

A rigor, não há vigente Constituição qualquer norma, ou princípios, que expressa ou implicitamente autorize a conclusão de que a lei complementar somente pode cuidar das matérias a estas reservadas pela Constituição. Existem é certo dispositivos que tornam determinadas matérias privativas de lei complementar, o que é coisa rigorosamente diversa. A existência de um campo de reserva de lei complementar, todavia, não quer dizer que não possa a lei complementar cuidar de outras matérias. Pode, sim, e deve, o legislador adotar a forma de lei complementar para cuidar não apenas das matérias a este entregues, em caráter privativo, pelo

constituente, mas também de outras, às quais deseja imprimir maior estabilidade, ao colocá-las fora do alcance de maiorias ocasionais, ou até dos denominados acordos de lideranças. ²⁴⁴

Ele arremata seu pensamento, dizendo:

A doutrina segundo a qual a lei complementar, naquilo em que cuida de matérias a ela não reservadas pela Constituição, pode ser alterada por lei ordinária, amesquinha o princípio da segurança jurídica, na medida em que o campo das matérias atribuídas pela Constituição à lei complementar é impreciso. Abre ensejo a que muitas questões sejam suscitadas, por exemplo, a respeito do que se deve entender por normas gerais de direito tributário. ²⁴⁵

Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal firmou posição admitindo a reforma de lei complementar por lei ordinária, de modo que, embora com as ressalvas expostas por Hugo de Brito MACHADO, cuja linha de argumentação não pode ser descartada, o conceito de faturamento passou a constar, então, da Lei n.º 9.718, de 1998.

Como as contribuições sociais incidentes sobre o faturamento encontram sua base de sustentação no art. 195, inciso I, alínea "b" da Constituição Federal de 1988, que, por seu turno, não exige a edição de lei complementar para a disciplina do tema, exceto se forem instituídas outras fontes além das contempladas no referido dispositivo destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, quando, então, o legislador constitucional cobra a edição de leis complementares, é certo dizer que a Lei n.º 9.718, de 1998 teria modificado

²⁴⁴Hugo de Brito MACHADO, *Posição hierárquica da lei complementar*, p. 21-2, grifou-se.

²⁴⁵Hugo de Brito MACHADO, *Posição hierárquica da lei complementar*, p. 21, grifou-se.

²⁴⁶Conforme exigência contida no art. 195, § 4º, da CF/88, que diz: "A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154, 1.º" Por seu turno, o art. 154, inciso I, da Magna Carta exige: "Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta

validamente o texto inicial da Lei Complementar n.º 70, de 1991, e também o da Lei Complementar n.º 7, de 1970, no que se refere especificamente à definição do que vem a ser faturamento.

Isso, contudo, não é suficiente para se formar uma idéia mais precisa do que vem a ser penhora de faturamento. Volta-se a questionar: qual é o objeto específico dessa constrição? As receitas? Ou o estabelecimento? Ou ambas as coisas.

Ora, para se atingirem as receitas, é preciso que a constrição primeiro incida sobre a fonte delas, que é o estabelecimento, pois observou-se que a penhora que dissocia o faturamento de sua fonte geradora acaba destruindo o próprio estabelecimento>". Não há, com efeito, como penhorar as receitas auferidas nem parte delas sem que o estabelecimento seja administrado por uma pessoa que irá controlar o fluxo de recursos, recebendo e efetuando pagamentos.

Desse modo, a penhora de faturamento é penhora de estabelecimento, que visa extrair da empresa receitas ou fundos líquidos que reverterão em benefício do credor, para garantia e satisfação de seu crédito.

É errado pensar que a penhora de faturamento incide apenas sobre uma parte das receitas, pois não há como extrair nenhum valor se o estabelecimento não estiver nas mãos de um depositário. Na verdade, as receitas ou mesmo a possibilidade de gerá-las integra o estabelecimento para todo e qualquer efeito, estando ligadas à idéia de capital de giro, conforme já afirmado anteriormente, não podendo separar-se dele pois consiste no fim último que justifica a existência da própria empresa>".

Constituição;"

247Inviável, destarte, se revela a penhora de "contas a receber" dentro do ativo circulante de uma empresa. Ditas contas são partes integrantes do capital de giro, do qual a entidade não pode ser privada, sem sofrer profundo abalo no fluxo da circulação econômica que a mantém ativa. Atingi-la nesse ponto vital importa decretar-lhe a imediata paralisia. Se não contar com os créditos a receber, como a empresa custeará o funcionamento de suas atividades? Como resgatará os compromissos trabalhistas e tributários? Como alimentará de matéria prima sua linha de produção? A insolvência e a quebra serão o seu fim imediato e irreversível. (Humberto THEODORO JUNIOR, A impossibilidade da penhora do capital de giro, p. 119).

248BRASIL, Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002): "Art. 1142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. "

Desse modo, a penhora de faturamento corresponde à penhora de estabelecimento, distinguindo-se, porém, da penhora da empresa propriamente dita pelo fato de, nesta última, haver avaliação e o objetivo visado pelo exequente consistir na alienação desse bem, considerado atualmente uma universalidade>",

Também há diferença entre a penhora de faturamento e o usufruto de empresa, dado que a penhora consiste em garantia da execução, ao passo que o usufruto aparece como um modo de expropriação de bens, para satisfação do credor".

Essa penhora não se caracteriza como penhora de dinheiro, mas constrange direitos, até porque o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos. Conquanto pareça existir um paradoxo entre o conceito de faturamento (cuja idéia, na atualidade, praticamente coincide com a de receitas, significando o resultado das vendas ou das prestações de serviços pagos à vista, mais todos os recebimentos do estabelecimento, sejam os hauridos em decorrência do recebimento de duplicatas ou de vendas a prazo, ou apurados com a venda de bens integrantes do ativo permanente) e a penhora de faturamento, observa-se que esta, na feliz expressão utilizada pelo Desembargador Sérgio PITOMBO, *irrompe para o futuro*, exigindo

também, procedimento específico, por motivo da evidente excepcionalidade. Em regra, a constrição reclama análise de contas, exame de compensações financeiras, verificação de movimentação bancária e interpretação de lançamentos contábeis. Desponta, em conseqüência, a figura do devedor-administrador, ou a necessidade de designação de alguém, que exerça o controle externo da empresa, por conta do Juízo da execução. ²⁵¹

249BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza."

250BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 647. A expropriação consiste: I - na alienação de bens do devedor; 11- na adjudicação em favor do credor; 111 no usufruto de imóvel ou de empresa.

251BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus n.º 120.412-5/4 de São Paulo. Impetrante: Juarez Antônio Italiani. Paciente: Wagner Francisco de Castro Braga, j. 29.07.1999.

A penhora de faturamento atinge o estabelecimento e coloca o administrador como responsável pela gestão de todas as receitas, presentes e futuras, o que abrange a necessidade de controles sobre todos os negócios celebrados ou que o venham a ser, sejam as operações à vista e também as a prazo, envolvendo as receitas operacionais ou as vendas de bens integrantes do ativo permanente. O administrador controlará não as receitas, mas como também todo o *contas a receber* do estabelecimento atingido pela coação judicial.

Finalizando, então, com uma definição do que se entender por penhora de faturamento: *consiste na coação que atinge o estabelecimento do executado, com o objetivo de garantir a execução, proporcionando durante a sua manutenção a obtenção de fundos líquidos que são obtidos durante o processo e depositados à ordem do juízo, que depois poderão ser revertidos em benefício do exeqüente, para satisfação de seu crédito.*

1.7. Diferenças entre a penhora de faturamento e outras penhoras

Pode-se dizer que a penhora de faturamento distancia-se um pouco da penhora de estabelecimento, embora também acabe por constranger essa universalidade de fato. Esse distanciamento decorre dos objetivos almejados por essas coações, pois as finalidades de ambas não coincidem.

Com efeito, na penhora de faturamento, busca-se extrair fundos líquidos que possam garantir a execução, não havendo que se falar em avaliação, ao passo que, na penhora de estabelecimento propriamente dita, a finalidade é a alienação dos meios de produção, do aviamento, ou seja, do próprio estabelecimento. Essa idéia é dada pelo texto do art. 726, do CPC, que admite o *usufruto da empresa, desde que este (o credor) o requeira antes da realização do leilão*. A regra orienta-se, então, no sentido de permitir a penhora de estabelecimento para sua ulterior alienação, que só será obstada se o credor pedir, em vez disso, o usufruto.

Isso quer significar que a penhora de faturamento não é a que se acha regulada apenas nos artigos 677 e 678, do CPC. A sua visualização depende também de uma análise dos artigos 716 a 729, que tratam do usufruto de empresa.

Não se trata de penhora de renda, pois o conceito de faturamento é mais amplo que o de renda, e, além disso, este último tem aplicação diversa em matéria tributária, vendo-se que das receitas, inúmeros valores não podem ser deduzidos para fins de tributação, conquanto caracterizem-se como despesas,. A par dessa idéia, a renda é apurável ao cabo do exercício financeiro que, normalmente, coincide com o ano civil, enquanto a penhora de faturamento exige a apuração mensal de fundos líquidos, usando-se como critérios: a) a soma de todas as receitas auferidas, as quais correspondem a todos os valores recebidos, seja em razão de operações de prestação de serviços ou da venda de bens, ou de ambos, mais as receitas de toda espécie, abrangendo até as resultantes da venda de bens do ativo permanente e as chamadas receitas não operacionais; b) deduzindo-se as despesas com a manutenção do estabelecimento, dentre as quais incluem-se aluguéis e encargos, tarifas de água, energia elétrica, telefone, fornecedores por

compras efetuadas durante a investidura do administrador judicial e credores por serviços prestados nesse período, tais como contabilistas, advogados, peritos etc.; c) efetuando-se o provisionamento das despesas incorridas com as atividades já praticadas, tais como as com a folha de salários e encargos incidentes sobre ela e tributos sobre as operações praticadas; d) depositando-se, finalmente, à ordem do juízo, a cada mês, o que sobrar.

Penhorar faturamento não é o mesmo que penhorar créditos. Do mesmo modo que na penhora de dinheiro exige-se a existência de numerário disponível, na penhora de crédito cobra-se o mesmo requisito, de sorte que, se o crédito não existir, não terá como o oficial de justiça intimar o terceiro devedor, para que não pague ao seu credor/executado. Na penhora de faturamento, o terceiro devedor pode nem saber da existência da penhora, podendo muito bem efetuar pagamentos em instituições financeiras cuja administração das contas correntes é transferida para o administrador sem se dar ciência desse ato aos devedores do executado, que não precisam ser intimados da constrição.

Também não é penhora de faturas, pois somente os estabelecimentos mercantis emitem-nas, ligando-se o conceito de faturamento, para viabilizar a penhora, ao de receitas, em sentido amplo.

A penhora de faturamento não se confunde com a penhora das quotas sociais ou de ações. A penhora de quotas pressupõe que seu titular seja o devedor que figura no pólo passivo da execução. Nas pessoas jurídicas, os sócios aparecem com essas características e não a própria entidade, que não é dona de si mesma. Carlos Henrique ABRÃO ensina que

*A cota não deixa de representar um direito, um bem incorpóreo, dotado de conteúdo econômico, relativo à relação existente entre o sócio e a sociedade. Elas, por evidente natureza representam os direitos do cotista sobre o patrimônio líquido da sociedade, isto é, sobre aquela diferença de cálculo existente entre o ativo e o passivo da empresa, incluindo-se o capital.*²⁵²

²⁵² Carlos Henrique ABRÃO, *Penhora de cotas de sociedade de responsabilidade limitada*, p. 81.

Além disso, a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros, de maneira que a penhora das quotas sociais não afeta a sua existência.

4.

1.8. Penhora de faturamento, penhora de estabelecimento, penhora de empresa, penhora de renda, penhora de capital de giro: a denominação escolhida

Acha-se consagrado na jurisprudência o uso da expressão *penhora de faturamento*, que busca caracterizar a possibilidade de atingir o estabelecimento, visando, no curso da execução, extrair fundos líquidos que são depositados à ordem do juízo.

Não é usada a expressão penhora de estabelecimento, por se entender que esse tipo de constrição pode visar a alienação dessa universalidade de bens, e não a obtenção de fundos líquidos ou o seu posterior usufruto, que se torna viável somente depois de esgotada a fase de embargos.

E, embora seja possível equiparar a penhora de faturamento ao usufruto de empresa, não se confundindo entretanto esses institutos, preferiu-se a primeira denominação, pois o usufruto aparece como um dos meios de expropriação para satisfação do credor (art. 647, inciso 111º do CPC), ou seja, funciona como forma de pagamento, servindo a primeira denominação para descrever apenas a constrição e não uma forma de solução da execução.

Também não foi adotada a expressão *penhora de renda*, conquanto seja possível afirmar que, no fundo, a penhora de faturamento tem por finalidade a obtenção, em última análise, de fundos líquidos que são depositados em juízo. Essa nomenclatura não foi usada pois o conceito de renda ou lucro, para efeitos fiscais, é mais restrito: ele não abrange algumas despesas, que, para efeito de apuração dos tributos (Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), não podem ser deduzidas da base de cálculo desse tributo. Além disso, o lucro só pode ser apurado depois de encerrado o exercício social que, normalmente, ocorre ao cabo de cada ano civil, enquanto na penhora de faturamento, os fundos líquidos são verificados e apurados mês a mês, com prestação de contas pelo administrador.

A jurisprudência também afirma em alguns poucos acórdãos que o faturamento corresponde ao capital de giro²⁵³, o que também corresponde à análise de Humberto THEODORO JÚNIOR, já citado neste trabalho²⁵⁴. Entretanto, não foi empregada essa expressão (penhora de capital de giro) no estudo, por ser pouco corrente o seu uso.

Desse modo, chama-se de *penhora de faturamento* a constrição do estabelecimento que tem por objetivo a obtenção de fundos líquidos que serão depositados no decorrer do processo à disposição do juízo da execução, os quais, num momento ulterior, podem ser usados para a satisfação do exequente.

253BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DETERMINADA NO MONTANTE DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O FATURAMENTO DA DEVEDORA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - DECISÃO ACERTADA - RECURSO DESPROVIDO - I - O faturamento corresponde ao capital de giro da empresa, indispensável para o custeio das despesas de seu funcionamento, entretanto, o montante deferido para penhora, respeita o limite suportável para manutenção das suas atividades, observando, contudo, que este, não se desincumbiu de comprovar que a constrição importaria em interferência no limite de sua disponibilidade. AI 152445400 - (13142) - Curitiba - 3ª C.Cív. - Rel. Juiz Lídio J. R. de Macedo - DJPR 02.06.2000.

254Humberto THEODORO JÚNIOR, *A impossibilidade da penhora do capital de giro*, p. 113.

1.9. O STJ e a penhora de faturamento

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a penhora de faturamento. As suas decisões orientam-se no sentido de que essa constrição tem caráter excepcional, o que exige o respeito a alguns requisitos, dentre os quais acham-se: a) a demonstração de inexistência de outros bens suficientes para garantir a execução; b) a necessidade de nomeação de administrador judicial; c) e a apresentação e aprovação de um plano de administração e esquema de pagamentos.

Todavia, uma análise superficial da jurisprudência da 1ª Turma pode parecer, à primeira vista, que esse tipo de constrição não estaria mais sendo permitido, sendo bem verdade que as ementas dos acórdãos proferidos parecem indicar a impossibilidade dessa penhora. Mas, como se sabe, as ementas podem não expressar adequadamente o conteúdo da decisão, chegando por vezes a destoar do que ficou resolvido ou indicar uma situação oposta à que o acórdão procurou finalizar. Tal hipótese é a mesma nesta situação, pois em todas as decisões consultadas, embora em algumas delas se afirme nas ementas a impossibilidade da constrição atingir o faturamento, no corpo dos acórdãos, constou expressamente a excepcionalidade da medida. Na verdade, tais acórdãos objetivaram desfazer constrições que não observaram os requisitos mínimos para sua efetivação, como a falta de nomeação ou investidura do depositário na administração do estabelecimento.

Essa observação também é feita por Nelson MONTEIRO NETO, advogado em Porto Alegre, que trata a constrição do faturamento como penhora de renda da empresa. Ele afirma:

Pareceu-nos oportuno analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a propósito, principalmente o entendimento de que a 1ª Turma vem expondo acerca da matéria, uma vez que algumas decisões proferidas pelos nossos tribunais adotam a tese da impenhorabilidade da renda da empresa, ou, quando nada, a tal

impenhorabilidade aludem de passagem, seguindo essa suposta (e inexistente) posição tomada pela 1ª Turma e em geral pelo STJ. (...) Como se sabe, a ementa do acórdão às vezes não expressa o pensamento contido no julgamento. A leitura atenta de alguns textos integrais de acórdãos ou pronunciamentos redigidos pelos Ministros componentes da 1ª Turma, convence de que a ementa acima transcrita (nº 7 deste trabalho), a par de outras tantas com aquele teor, não espelha o entendimento que a 1ª Turma vem expondo acerca da matéria, e muito menos a posição que na verdade o STJ vem sustentando, no que concerne à possibilidade, a título excepcional, de incidência da penhora sobre a renda da empresa. ²⁵⁵

Nos acórdãos da 1ª Turma, em cujas ementas parece haver a indicação no sentido de que a penhora de faturamento não seria admitida, ressalva-se a possibilidade da constrição, desde que seja nomeado um administrador, exigindo-se dele a apresentação de um plano para evitar que a empresa fique inviável. No Recurso Especial nº 311.394-PR, isso ficou consignado do seguinte modo:

Quanto ao mérito, devo dizer que, inicialmente, esta Turma entendeu que poderia penhorar 30% do rendimento da empresa, mas, depois, a Turma e a própria Seção mudaram a orientação e não permitem mais a penhora do rendimento da empresa, porque isso equivale a penhorar a própria empresa. Nesse caso, teríamos que nomear um administrador e fazer um plano de administração da empresa. É nesse sentido que tenho votado nesta Turma. Fui vencido inicialmente e depois tive que reformular o voto. Se houver penhora do faturamento ou do rendimento, a empresa pode ficar inviável. Inúmeros são os precedentes de ambas as Turmas de Direito Público nesse sentido, bastando citar, à guisa de exemplo, os julgados nos REsps. 246.821/SP e

255 Nelson MONTEIRO NETO, *Execução fiscal: incidência da penhora sobre a renda da empresa*, p. 92-99.

251.087/SP, ambos da minha relatoria (DJ 02.05.2000 e DJ 01.08.2000, respectivamente); o AGREsp. 265. 348/SP, Rei. Min. JOSÉ DELGADO (DJ 27.11.2000); e AGRMC 2.774/RJ, Rei. Min. FRANCISCO FALCÃO (DJ 27.11.2000).256

1.10. A admissibilidade da penhora de faturamento

Em que pese o fato de existir até mesmo uma norma legal prevendo a possibilidade de penhora *preferencial* de faturamento, quando os rendimentos do devedor garantem o cumprimento de acordo de parcelamento de débitos fiscais", a penhora de faturamento deve ser sempre encarada como medida excepcional, que só tem lugar depois de esgotados todos os meios disponíveis ao credor para buscar a constrição de outros bens.

Desse modo, o exeqüente tem de primeiro esforçar-se por descobrir bens conforme a ordem preconizada na lei (art. 655, do CPC; art. 11, da LEF), sem o que não poderá sequer tentar atingir o faturamento do devedor". Será preciso, no mínimo, obter a descrição circunstanciada de todos os bens que guarnecem o estabelecimento do devedor, providência que consta da própria lei processual (art. 659, § 3º, do CPC), para só depois cogitar em penhora de faturamento.

É correto dizer também que ele não poderá abandonar uma penhora para, ainda que alegue dificuldade de conversão da coisa em dinheiro, tentar atingir o faturamento. Embora a jurisprudência até admita a substituição de bens que estão

257BRASIL, *Lei n.º 10.522, de 2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais - CADIN - e dá outras providências*: "Art. 10. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, a exclusivo critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas nesta Lei. (NR) (Redação dada ao caput pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002, DOU 31.12.2002 - Ed. Extra) (...) § 80 Descumprido o parcelamento garantido por faturamento ou rendimentos do devedor, poderá a Fazenda Nacional realizar a penhora preferencial destes, na execução fiscal, que consistirá em depósito mensal à ordem do Juízo, ficando o devedor obrigado a comprovar o valor do faturamento ou rendimentos no mês, mediante documentação hábil." (grifou-se)

258BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE 30% DO FATURAMENTO DA EMPRESA - MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL - INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS - ARTS. 620, 677 E 678 DO CPC - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO - 1. Consoante jurisprudência predominante nas Turmas de Direito Público deste Tribunal, tem-se admitido a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento da empresa desde que em caráter excepcional, ou seja, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei nº 6.830/80 (LEF), e haver sido nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento, nos termos do disposto nos arts. 677 e 678 do Código de Processo Civil. 2. Na hipótese vertente, verifica-se ausente os requisitos que justificam a constrição considerada de caráter excepcional. 3. Recurso Especial provido. RESP 254919 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Laurita Vaz - DJU 16.12.2002, p. 289.

em melhor lugar na ordem de preferência legal pelo faturamento do devedor=; não é correto seguir esse caminho, pois implicará a violação ao art. 620, do CPC.

Não é só esse argumento que impede a transferência da constrição para o faturamento. Também pelo fato de consistir em penhora de direitos, que se situa em plano inferior aos bens móveis e imóveis, o faturamento deve ser visto como uma última alternativa pois, do contrário, provocará séria violação a dispositivos de leis federais: art. 655, do CPC e art. 11, da LEF, que estabelecem a ordem a ser respeitada pela constrição.

De mais a mais, sem um pedido devidamente fundamentado do credor, a substituição não poderá se efetivar?", cabendo ao exequente demonstrar que a penhora acaso existente não resultará em proveito algum, necessitando ser substituída pela constrição do faturamento.

A penhora de coisa que, levada à hasta pública, não seja arrematada, não está nessa situação, pois a dificuldade da venda judicial não serve como fator capaz de, sozinho, motivar a substituição da penhora existente pela de faturamento: será preciso buscar por todos os meios disponíveis a efetividade do processo, seja pela realização de leilões ou praças parcelados, facilitando-se o acesso de interessados, ou pela divisão da penhora em lotes, desde que isso seja também possível" , ou,

259BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA-NOMEAÇÃO DE BENS - LOTES DE PEDRAS PRECIOSAS - IMPUGNAÇÃO DO CREDOR - DIFÍCIL COMERCIALIZAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO BEM PATRIMONIAL OU NA SUA FALTA PELO FATURAMENTO DO DEVEDOR - ADMISSIBILIDADE - Objetivando a penhora a expropriação de bens para garantir a execução, de ser indeferida a nomeação de pedras brutas de esmeralda, de aplicação em atividade específica, sem a comprovação de liquidez e potencial de mercado que possibilitem a conversão em moeda corrente que satisfaça o direito do credor. Ineficaz a nomeação, será livre a penhora que recairá em bens passíveis de garantir a execução; se não encontrados pelo Oficial de Justiça, assiste ao credor o direito de requerer a penhora de parte do faturamento do devedor. AI 717.563-00/5 - 2ª C. - Rel. Juiz Norival Oliva - DOESP 19.04.2002.

260BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO, PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - 1. Fazenda Nacional não pode se utilizar do direito de substituição do bem penhorado arbitrariamente, devendo fundamentar a sua pretensão. Precedentes do STJ. 2. Observância do princípio de que a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso para o devedor (artigo 620, do CPC). 3. Agravo provido. ACR 97.02.13732-2 - RJ - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Paulo Barata - DJU 01.03.2001.

261BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA-IMPOSSIBILIDADE - A decisão do MM. Juízo a quo foi precipitada. O próprio credor requereu a realização de um terceiro leilão. O magistrado condutor do processo de execução, entendendo que seria inócuo um novo leilão, diante da inexistência de interessados nos dois primeiros, não poderia deixar de oportunizar à executada o oferecimento de outros bens em substituição aos penhorados. E mais, cabia, ainda, a aplicação da segunda figura contemplada no § 1º do art. 23 da Lei nº 6.830, de

quijá, pela concessão de usufruto sobre os bens penhorados, como máquinas, equipamentos, veículos ou até imóveis.

Isso significa que a constrição será vista como a derradeira medida, última aliás, que o credor terá a faculdade de utilizar, desde que tenha demonstrado não haver outros bens capazes de garantir a execução. A existência de bens, móveis ou imóveis, torna refratária a possibilidade de coação do faturamentos".

Além disso, a penhora em estudo não poderá colocar em risco o funcionamento e a continuidade da empresa?". Vale dizer, então, que vigora em nosso Sistema o chamado princípio da conservação, cuja finalidade é justamente a tutela do empreendimento como célula produtiva capaz de gerar recursos, bens e serviços, incluindo benefícios de indiscutível valor social. Conforme anotam J. A. Penalva SANTOS e Paulo Penalva SANTOS, responsáveis pela atualização de obra de Trajano de Miranda VALVERDE, esse princípio não pode ser aplicado de

1980 (Lei da Execução Fiscal), ou seja, serem os bens leiloados em lotes, ou, por fim, ser oportunizado o parcelamento da arrematação, nos termos previstos no § 1º do art. 89 da Lei nº 8.112, de 1991, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.528, de 1997. Somente após tomadas todas essas providências, e resultando infrutífera a praça dos bens penhorados, é que a penhora do faturamento seria viável. AI 1999.04.01.103992-5 - SC - 2ª T. - Rel. Juiz Vilson Darós - DJU 2S.10.2000 - p. 509.

262BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 620, DO CPC - 1. A penhora sobre o faturamento da empresa, recaindo sobre parte da renda da mesma, deve obedecer a critérios casuísticos, como forma de garantir a sobrevivência da atividade empresarial, cuja necessidade de dispor de verbas disponíveis, a título de capital de giro, é notória. 2. É princípio da execução que esta deve ser processada de modo menos gravoso ao executado, razão pela qual, in casu é perfeitamente possível a realização da penhora, sobre outros bens do patrimônio do executado. Fato este, que inviabiliza a substituição da penhora, por constrição incidente sobre o faturamento da executada. 3. Agravo improvido. TRF 5ª R. - AI 19.237 - AL - (98.0S.34155-0) - 2ª T. - Rel. Juiz Petrucio Ferreira - DJU 21.05.1999 - p. 710.

263BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - NOMEAÇÃO À PENHORA - INEFICÁCIA - PENHORA DE BENS DA LINHA DE PRODUÇÃO - PENHORA DO FATURAMENTO - MEDIDA EXCEPCIONAL - Face à discrepância dos valores de avaliação do imóvel, além da dúvida sobre a sua efetiva existência e da dificuldade de alienação em hasta pública, revela-se prudente e correta a decisão que tornou sem efeito a nomeação à penhora feita pelo executado. A penhora de bens da linha de produção constitui medida exacerbada e exageradamente onerosa, ameaçando o próprio funcionamento da empresa, pois a agravante teria que direcionar toda a produção de cerca de seis meses para a satisfação dos créditos da Fazenda Pública, ficando impedida de obter recursos para o pagamento de credores, funcionários e das demais obrigações tributárias. A jurisprudência admite a penhora em dinheiro do faturamento mensal da empresa, como medida excepcional, desde que não haja o comprometimento das suas atividades normais. Se a executada, nas oportunidades oferecidas, não apresentou nenhuma garantia viável, deve ser deferido o pedido do exequente de penhora sobre o faturamento mensal da empresa, porém no percentual de 5%, considerando que o percentual de 30% sobrecarrega demasiadamente o fluxo de recursos da executada. AI 1999.04.01.051884-4 - SC - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Wellington M. de Almeida - DJU 23.05.2002 - p. 410.

maneira indiscriminada, fazendo-se necessário observar se os *custos sociais, com a conservação, sejam inferiores aos custos com a liquidação. A aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode, na realidade, significar um aumento dos custos sociais.*²⁶⁴

Mas não é só: sendo excepcional, é importante verificar também a utilidade que essa penhora pode gerar. Isso porque a constrição do faturamento busca extrair um valor do capital de giro do devedor, sendo evidente, em última análise, que ele será usado na satisfação da obrigação junto ao credor. Se a importância que resultar entregue em juízo for ínfima e não se apresentar como suficiente para suportar os encargos da própria dívida, a penhora de faturamento terá de ser descartada. Para se obter ao menos uma estimativa desses valores, o juiz pode, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, por analogia, que se faça a avaliação preconizada pelo art. 722, inciso I, do CPC, incumbindo ao próprio administrador que irá nomear essa tarefa.

Vale observar o que afirma Vicente GRECCO FILHO:

*O art. 675 estabelece a regra de que, se a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas ou de prestações periódicas, o credor poderá levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem depositadas, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras de imputação em pagamento, previstas nos arts. 991 a 994 do Código Civil de 1916 (arts. 352 a 355 do CC/2002). Essa disposição, porém, hoje deve ser entendida de acordo com as condições da atual realidade social e jurídica. Como em todos os créditos ajuizados se aplica correção monetária, a demora no pagamento pelos juros, rendimentos ou prestações pode elevar de tal forma o crédito que torna inócuo o pagamento parcelado.*²⁶⁵

²⁶⁴Trajanode Miranda VALVERDE, *Comentários à lei de falências (decreto-lei nº 7661, de 21 de junho de 1945)*, v. I, p. 31.

²⁶⁵Vicente GRECCO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 79.

E ele arremata, enfatizando a casuística do problema: *Caberá ao juiz decidir, a requerimento do credor, se a hipótese prevista no artigo é aplicável ao caso concreto ou se a penhora deve estender-se ao próprio dinheiro ou bem que produz os rendimentos, se forem penhoráveis.* ²⁶⁶

Não há dúvida alguma de que o art. 675, do CPC pode ser aplicado aos casos de penhora de faturamento: mas essa regra precisa ser interpretada à luz do art. 659, § 2º, do mesmo Código.

Não se faz, portanto, uma penhora inútil, nem excessiva, cuja caracterização é assim dada por Moacyr Amaral SANTOS:

Daí, dois princípios a que deve subordinar-se a penhora: a) a penhora deve abranger apenas o que for bastante para o pagamento do credor; b) não se efetuará a penhora "quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução" (Cód. Proc. Civil, art. 659, § 2º). Obedece a penhora, pois, aos princípios da proibição da penhora excessiva e da proibição da penhora inútil. ²⁶⁷

Para se aquilatar a utilidade dessa penhora, resultando assim o afastamento da situação prevista no art. 659, § 2º, do CPC, o credor terá de oferecer informações ao juiz da causa como, por exemplo o tempo necessário para a satisfação de seu crédito se extraída da empresa uma quantia que se mostre razoável à quitação da obrigação mediante imputações de pagamentos, conforme previsto pelos artigos 352 a 355 do Código Civil em vigor, e também, por outro lado, permita a manutenção e continuidade dos negócios. É óbvio que o credor não terá elementos suficientes para evidenciar ao órgão julgador os valores exatos que poderão ser arrecadados, bastando que faça uma estimativa, tão somente, constando de uma planilha, por exemplo, os valores dos juros mensais e da atualização monetária que incidem sobre a dívida, para que se verifique uma quantia mínima capaz de

²⁶⁶Vicente GRECCO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 80.

²⁶⁷Moacyr Amaral SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 275.

amortizar o principal. Pode acontecer de, no decorrer do processo, se constatar a insuficiência da arrecadação, verificando o juiz a inutilidade da penhora, o que provocará o pronto desfazimento da constrição ante a concretização da hipótese do já falado art. 659, § 2º, do CPC.

Em resumo, são três requisitos que poderão demonstrar a viabilidade da penhora de faturamento, sem os quais a constrição não terá como se efetivar:

- a. exige o esgotamento das outras possibilidades de penhora, de maneira que o credor precisa percorrer a ordem legal para tentar atingir outros bens, aparecendo a constrição do faturamento como última alternativa;
- b. a sua realização não pode pôr em risco a existência e a continuidade da empresa;
- c. e, finalmente, o valor que for arrecadado, conforme estimativas feitas pelo credor, precisa ser suficiente para satisfazer não só os encargos da própria execução (art. 659, § 2º, do CPC), mas também para quitar os juros e a atualização monetária, permitindo a amortização do capital, ainda que parcial, sem o que a constrição irá eternizar-se no tempo.

A conjugação desses três requisitos evidencia, a bem da verdade, que a coação do faturamento aparece não como uma última medida, mas como um meio quase que impossível de se colocar em prática, mesmo porque, existindo outros bens, serão eles que garantirão a execução, e, além disso, se o executado tiver meios suficientes para manter-se e cumprir com as suas obrigações, certamente não estaria sendo demandado num processo de execução.

A idéia que melhor se aproxima da penhora de faturamento, para permitir a verificação de sua viabilidade, é a ligada à fábula da galinha dos ovos de ouro: será melhor manter em funcionamento um estabelecimento que não possui um acervo de bens corpóreos ou incorpóreos capaz de garantir a execução à extinção do próprio negócio, quando as atividades permitirem a extração de recursos destinados à garantia da execução.

Pode acontecer, ainda, que o administrador constate, depois de nomeado e uma vez iniciados os seus trabalhos, que as dívidas passivas do demandado são muito superiores às suas forças, minguando o faturamento todo mês antes do

cumprimento de todas as obrigações ou não se revelando suficientes as receitas sequer para manter o negócio em funcionamento.

Esse fato terá de ser levado ao conhecimento do juiz, mesmo porque poderá ficar configurada a hipótese de falência prevista no art. 1º do Decreto-lei n.º 7.661, de 1945, que obriga o empresário à instauração do concurso universal de credores dentro do prazo de 30 dias?".

Em tal hipótese, constatado o estado falimentar do devedor, a penhora de faturamento terá de ser desfeita, devolvendo-se o estabelecimento ao executado e ressaltando-se ao exequente a possibilidade de buscar, pelas vias próprias, a instauração do cabível concurso universal de credores. Obviamente, o juiz não poderá converter a execução singular em concurso universal de credores, pois lhe é

268BRASIL, *Lei de Falências*: "Art. 8º. O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento: I - o balanço do ativo e passivo com a indicação e a avaliação aproximada de todos os bens, excluídas as dívidas ativas prescritas; II - a relação nominal dos credores comerciais e civis, com a indicação do domicílio de cada um, importância e natureza dos respectivos créditos; III - o contrato social, ou, não havendo, a indicação de todos os sócios, ou os estatutos em vigor, mesmo impressos, de sociedade anônima. § 1º. Tratando-se de sociedade em nome coletivo, de capital e indústria, em comandita simples, ou por cotas de responsabilidade limitada, o requerimento pode ser assinado por todos os sócios, pelos que gerem a sociedade ou têm o direito de usar a firma, ou pelo liquidante. Os sócios que não assinem o requerimento podem opor-se à declaração de falência e usar dos recursos admitidos nesta Lei. § 2º. Tratando-se de sociedade por ações, o requerimento deve ser assinado pelos seus representantes legais. § 3º. O devedor apresentará, com o requerimento, os seus livros obrigatórios, os quais permanecerão em cartório para serem entregues ao síndico, logo após o compromisso deste. § 4º. No seu despacho, o juiz mencionará a hora em que recebeu o requerimento e, no mesmo ato, assinará os termos de encerramento dos livros obrigatórios, lavrados pelo escrivão."

O Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, define o estado falimentar assim: "Art. 81. Será decretada a falência da pessoa que exercer atividade empresarial e que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, dívida líquida constante de título executivo cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta salários mínimos vigentes no país, considerado o valor originário; II - executado, não paga, não deposita, não nomeia bens à penhora, de dívida líquida e certa; III - comprovadamente: a) procede à liquidação desordenada de seus ativos ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; b) realiza por atos inequívocos ou tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou totalidade de seu ativo a terceiros, credores ou não; c) transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento para burlar a legislação ou a fiscalização, ou prejudicar credores; e) dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado para administrar o negócio e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona o estabelecimento, ou se oculta de seu domicílio ou da sede do estabelecimento principal de seu negócio. § 1º Consideram-se praticados pelo devedor os atos previstos no caput deste artigo, provenientes de seus administradores e diretores. § 2º Dentro do prazo de contestação, conforme disposto no art. 83, V, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial. Art. 82. Para os efeitos deste Capítulo, considera-se obrigação líquida, legitimando o pedido de falência do devedor, a constante de títulos executivos judiciais e extrajudiciais regularmente protestados. Parágrafo único. Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar."

defeso fazer isso em razão do disposto nos artigos 128 e 460²⁶⁹, ambos do CPC, embora ambos os procedimentos tenham natureza executiva.

Em que pese o fato de a jurisprudência mais recente permitir a conversão de tutelas de tipos ou naturezas diferentes, o que faz até mesmo depois de concretizada a citação, como é o caso, por exemplo, do aproveitamento da execução ajuizada, que se transforma em ação monitória quando o título prescreve ou quando o credor verifica que ele não possui os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade?", o prejuízo ao devedor ficará evidente se a execução singular transformar-se em concursal, dado que nessa última as conseqüências que o executado poderá sofrer serão bem mais graves?", atingindo todo o seu patrimônio,

269Ao analisar esse dispositivo, Sérgio Gilberto PORTO, *Comentários ao código de processo civil*, v. 6, p. 109 afirma: *A norma, no caput, tem por propósito estabelecer a necessária vinculação que deve haver entre o pedido/causa de pedir e a sentença, em razão do princípio da adstrição: vedado, pois, que o juízo decida fora dos contornos da lide fixada através do pedido vestibular, que é, em última análise, o elemento identificador do conteúdo da demanda.*

27°BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: EXECUÇÃO - CONVERSÃO EM AÇÃO MONITÓRIA - ADMISSIBILIDADE EM FACE DAS PECULIARIDADES DO CASO, AINDA QUE JÁ CITADO O DEVEDOR - Inocorrendo prejuízo algum ao devedor, que não chegou a oferecer embargos à execução, é admissível a conversão da execução em ação monitória. Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas, economia e celeridade processuais. Precedente da Quarta Turma. Recurso Especial conhecido, mas desprovido. RESP 302769-SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 07.10.2002, p. 262.

Contra, não admitindo a conversão: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL - Agravo nos embargos de declaração no Recurso Especial. Ação de embargos do devedor à execução. Processo de execução. Título ilíquido. Conversão em ação monitória após a citação. Impossibilidade. Após a citação do devedor, não é possível a conversão do processo de execução em ação monitória. Agravo nos embargos de declaração no Recurso Especial a que se nega provimento. ADRESP 410412-DF, 3ª T., Relª Mina Nancy Andrighi, DJU 02.09.2002, p. 187

Também contrária à conversão, a seguinte decisão: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO - EXECUÇÃO - AÇÃO MONITÓRIA - CONVERSÃO - PRECEDENTE - 1. O posicionamento jurisprudencial firmado na 2ª Seção desta Corte é no sentido de não ser possível a conversão da execução em ação monitória. Ademais, o pedido de conversão só foi feito após a extinção da execução, não podendo ser deferido. 2. Agravo regimental desprovido. AGA 384830-SP, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 24.09.2001, p. 304.

271 Osó ajuizamento de um processo falimentar, além de ocasionar sérias conseqüências morais ao Requerido, que verá seu nome abalado perante a praça por esse pedido, ainda lhe causa outros problemas de ordem patrimonial, como o pagamento de custas e contratação de advogado ... José Cândido Sampaio de LACERDA, *Manual de direito falimentar*, p. 69.

com o desapossamento do falido²⁷² ou do insolvente²⁷³, e, também, grande parte dos credores, pois alguns não se sujeitam a concurso, como os por créditos trabalhistas ou fiscais.

Constata-se que, a despeito de a lei não proibir de modo expreso a conversão da execução singular em falência, a doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de exigir do credor o abandono de uma via, para ingressar noutra. Na lição de Amador Paes de ALMEIDA,

Como já verificamos, prolatada a decisão, tem início a sua execução (processo de execução por título judicial - art. 584 do CPC), quando o réu, então executado, é citado para pagar seu débito, depositar a importância a ele correspondente, ou nomear bens à penhora.

Se no prazo de vinte e quatro horas (art. 652 do CPC) o réu não toma nenhuma das medidas acima enumeradas, permanecendo si/ente, facultado é ao credor requerer a sua falência, obviamente se se tratar de devedor comerciante.

Nesta hipótese, porém, deve o credor renunciar à execução singular, propondo, em separado, a ação falimentar, alicerçando-a com a certidão da sentença exequenda, acompanhada de certidão que ateste a inércia do executado, patenteando-se, assim, o que os autores chamam de estado de falência, pois, como decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Para decretação da quebra com fundamento no art. 2º, n. I, do Decreto-lei n. 7.661, de 1945, há necessidade de prova escorreita de que não foi feita a nomeação de bens" (RT, 280:419).²⁷⁴

²⁷²Desde, portanto, o momento da abertura da falência o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor (art. 40). Dá-se, assim, o desapossamento do falido, justificando THALLER não só por estabelecer um ponto fixo para base das operações da liquidação, como também porque o devedor que chega a esse estado, seja por imperícia, culpa ou inabilidade, deve ser afastado prontamente da direção de seus bens, pois sem isso o restante se dissiparia. José Cândido Sampaio de LACERDA, *Manual de direito falimentar*, p. 108.

²⁷³BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 752. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa."

²⁷⁴Amador Paes de ALMEIDA, *Curso de falência e concordata*, p. 37-8.

Numa situação dessas, o credor não poderá concomitantemente dar seguimento às duas execuções, singular e concursal, pois, sendo incompatíveis entre si, um procedimento exclui o outro, admitindo a jurisprudência, entretanto, a suspensão da execução singular, em vez de sua extinção, enquanto se processa o pedido de falência-".

O juiz também não poderá forçar o credor a desistir da execução singular para requerer a instauração do concurso universal, pois o direito de ação está dentro da esfera de disponibilidade da parte, haja vista o fato de a função jurisdicional não poder ser iniciada de ofício, mas apenas a requerimento do interessado (art. do CPC). Desse impasse, chega-se às seguintes conseqüências: suspende-se o andamento da ação, ante a inexistência de bens penhoráveis ou a execução prossegue, ordenando-se a penhora de faturamento.

275BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL - EXECUÇÃO TÍTULO EXTRAJUDICIAL _ POSTERIOR PEDIDO DE FALÊNCIA - ART. 2º, I, LEI DE FALÊNCIAS - ADMISSIBILIDADE _ SUSPENSÃO - APRESENTAÇÃO DE CÓPIA AUTENTICADA DOS REQUISITOS DO PLEITO _ ACEITAÇÃO - I. Concedida a suspensão do processo executivo, o ajuizamento posterior do pedido falencial por tal fato, com supedâneo no art. 2º, I, da Lei de Falências, não obriga a extinção do primeiro, sendo, todavia, nulo o eventual processamento simultâneo das demandas. II. Estando o pleito fundado na caracterização do estado de falência, em virtude de execução frustrada de títulos extrajudiciais, suficiente é a comprovação documental por cópias autenticadas (art. 2º, I e 12 da LF). Somente é exigível a juntada ab initio pelo peticionário dos originais das cambiais e respectivos protestos, quando se busca a configuração da impontualidade do comerciante (artigos 1º e 11, da LF). III. Recurso conhecido e provido. RESP 174966-MG, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 19.08.2002, p. 167.

1.11. Os requisitos da penhora de faturamento

São quatro os requisitos essenciais da penhora de faturamento, a saber: a) a nomeação de um administrador; b) a apresentação, por ele, de um plano de administração, acompanhado de um esquema de pagamentos; c) a homologação do plano, mediante decisão fundamentada; d) e, finalmente, a assinatura do termo e a intimação do executado.

Embora a lei não comine nulidade expressa se acaso um desses requisitos não for completado, é certo constatar que, sem a configuração de qualquer deles, o ato não atingirá os fins a que se destina.

a) *A nomeação de administrador.* Uma vez nomeado, o administrador tem a incumbência de oferecer ao juízo da execução - num primeiro momento e por escrito - um plano factível, capaz de viabilizar tanto a constrição, quanto a manutenção do estabelecimento e, finalmente, a extração de recursos que possam sub-rogar-se, em garantia da execução.

Ele poderá, se assim o determinar o juízo da execução, estimar os rendimentos que poderão ser obtidos com a coação, calculando, a par disso, o tempo necessário à obtenção de valores que ficarão sub-rogados, em garantia do credor. Essa providência, embora não conste da lei, poderá ser de capital importância para aquilatar a utilidade da penhora. José Carlos BARBOSA MOREIRA aduz, ao comentar os dispositivos relativos ao usufruto de empresa, que

O cálculo serve, antes de mais nada, ao credor e ao devedor, ministrando-lhes uma idéia, se bem que aproximada e sujeita a mil vicissitudes, do tempo que provavelmente durará o gravame, e por conseguinte um elemento de ponderação, que o primeiro levará em conta para resolver se persiste ou não no pedido, e o segundo para decidir se mantém ou retira a sua concordância: já se assinalou, com efeito, que a um e a outro é lícita a retratação, até ser decretado o usufruto. Serve também o cálculo para que o Juízo da execução, com base na previsão do laudo, verifique, segundo lhe

*compete, se há motivos para reputar o expediente "menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida" (art. 716, fine).*²⁷⁶

Suas incumbências são muitas, indo desde a manutenção de uma escrituração em ordem, a respeito dos atos praticados no estabelecimento, a prestação de contas mensalmente ao juízo da execução, a comunicação dos atos relevantes, que possam afetar a continuidade do negócio em nome do executado, até a restituição do objeto da penhora, qual seja, o estabelecimento.

b) A apresentação de plano de administração e de esquema de pagamentos. Nomeado, antes de ser investido em suas atribuições, o administrador judicial terá de formular um plano que o orientará durante a existência da penhora de faturamento, sendo possível, desde que o requeira em petição fundamentada, a modificação desse guia de sua conduta. Vale notar que a nomeação do próprio executado para esse encargo não elimina o cumprimento dessa formalidade. A sua omissão em não oferecer o plano, no prazo de 10 dias, que é o estatuído pela lei, cobrará do juiz a nomeação de outra pessoa.

c) A homologação do plano. Uma vez homologado o plano, fica o administrador autorizado a ingressar em suas funções e iniciar as suas atividades, salvo se houver exigência de caução, passando, então, uma vez prestada a garantia, a deter poderes de receber e dar quitação em nome do executado, e, para valer contra terceiros, o termo que for lavrado terá de ser averbado perante o registro competente.

d) A assinatura do termo de penhora e a intimação do executado. A concretização da penhora de faturamento, seguindo esse ritual, realiza-se com a assinatura do termo respectivo, lavrado em cartório, correndo em seguida a intimação do executado, para que então possa deduzir embargos.

²⁷⁶José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Aspectos do "usufruíto de imóvel ou de empresa" no processo de execução*, p. 18.

1.12. Os limites da penhora de faturamento

Analisada a admissibilidade da penhora de faturamento, impõe-se a verificação de seus limites.

Pode-se dividir a análise em dois aspectos, pois existem limites pessoais ou subjetivos e limites objetivos para esse tipo de constrição. Os primeiros referem-se às pessoas envolvidas na relação jurídico-processual e os limites objetivos têm a ver especificamente com o valor da própria execução, com a duração da coação no tempo.

Nesse primeiro plano, se de um lado a penhora de faturamento é refratária às pessoas físicas enquanto devedoras, não existe empecilho algum que o exeqüente, sendo pessoa física, promova esse tipo de constrição contra uma empresa. Noutro giro, embora pareça à primeira vista que qualquer credor possa requerê-la, na verdade, alguns não poderão jamais obter esse favor, pois implicaria a violação direta à lei ou a conduta que, por vias oblíquas, acabaria negando algum direito do devedor, tutelado por nosso ordenamento.

É o caso, por exemplo, da situação em que estão as instituições financeiras, que devem se submeter ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil, conforme estabelece a Lei n.º 4.595, de 1964²⁷⁷. Embora seja até mesmo impensável a penhora de faturamento em relação a essas instituições, é de se notar que elas estão sujeitas à intervenção e à liquidação extrajudiciais, cuja disciplina é traçada pela Lei n.º 6.024, de 1974²⁷⁸. Vale observar que as cooperativas de crédito, as empresas que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais (artigo 5º, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965) e as empresas corretoras de câmbio (artigo 52, da Lei n.º 6.024, de 1974) estão abrangidas por essa situação. Não há, em resumo, como buscar a penhora de faturamento dessas entidades.

²⁷⁷Conforme art. 10, inciso IX.

²⁷⁸BRASIL, *Lei n.º 6.024, de 1974*: "Art. 1º. As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência, nos termos da legislação vigente."

Já a penhora de faturamento de empresas que exploram atividades em regime de concessão, está prevista explicitamente no texto do art. 678, do CPC, não podendo ser admitida apenas se isso implicar a solução de continuidade dos próprios serviços públicos.

Outra situação em que a lei impede a penhora de faturamento, bem como a penhora do próprio estabelecimento, diz respeito aos casos em que pode haver infração à liberdade de concorrência. A Lei n.º 8.884, de 1994 traz a definição das infrações que caracterizam infração da ordem econômica, cujo aparecimento ou verificação independe da aferição da culpa (art. 20).

Pode ocorrer, então, que o exequente, através da penhora de faturamento de um concorrente seu, busque dominar mercado relevante de bens ou serviços ou, então, que, passando a deter uma posição predominante no mercado, exerça-a de forma abusiva. O rol de condutas anticoncorrenciais é, aliás, bastante extenso, constando da própria lei²⁷⁹.

279BRASIL, *Lei n.º 8.884, de 1994*: "Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa de outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada; XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos Códigos Antidumping e de Subsídios do GATT; XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada; XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XXII - reter bens de

Também não caberá a penhora de faturamento quando surgir a possibilidade de o credor utilizar-se do processo de execução para praticar crime de concorrência desleal-" como, por exemplo, desviando a clientela do executado.

Vistos os limites subjetivos dessa penhora, torna-se preciso estabelecer os parâmetros que são aceitos para que a constrição possa ser ultimada:

Qual percentual do faturamento do executado poderá ser atingido mensalmente pela penhora?

produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; 11- o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; 111- o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos."

28°BRASIL, *Lei n.º 9.279, de 1996*: "Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I _ publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II _ presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; 111_ emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI _ substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º. Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e X" o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos. § 2º. O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público."

- A execução deve possuir um valor mínimo para admitir esse tipo de penhora?

Respondendo a primeira indagação, pode-se afirmar com segurança que esmagadora jurisprudência informa que a constrição pode atingir até 30% (trinta por cento) das receitas do executado.

Entretanto, esse critério para limitar a constrição parte de um ponto bastante equivocado, pois considera a penhora apenas a partir das receitas, sem considerar as despesas com o funcionamento do próprio estabelecimento, como se fosse possível ordenar ao administrador a entrega de um valor pré-determinado ao juízo da execução, quando ele tem a obrigação de preservar e manter em funcionamento o estabelecimento, sendo preciso, obviamente, pagar os gastos e despesas com isso, que chamar-se-ão de encargos.

Na verdade, o administrador deve, ao cumprir o plano de pagamentos aprovado previamente à realização da penhora, primeiramente pagar todas as obrigações que tenham surgido sob o seu comando, não podendo cegamente separar uma soma para entregar ao juízo da execução, principalmente se isso revelar a manutenção de obrigações vencidas e insatisfeitas. Essa linha de argumentação tem a sua razão de ser, pois na medida em que o administrador deixar de honrar os compromissos assumidos, isso fará surgir novos conflitos, de sorte que o Poder Judiciário não pode funcionar como um pólo multiplicador de conflitos, mas tão só de pacificação social.

Todas as obrigações surgidas sob a administração do depositário terão de ser satisfeitas, porque se equiparam aos chamados encargos da massa no processo falimentar, de maneira que o seu não pagamento implicará em paralisação, e, bem por isso, em solução de continuidade da empresa que se quer tanto preservar.

Depois de observado isso, o administrador terá de verificar os créditos que remanescem insatisfeitos, sendo obrigatória uma classificação para solver os sujeitos a privilégios legais em primeiro lugar (os trabalhistas e os fiscais logo em seguida) e, depois, os demais.

Os créditos com garantia real (penhor, hipoteca ou anticrese) poderão até mesmo ser preteridos nessa ordem de pagamentos, pois o adimplemento pelo

credor poderá ser buscado através dos meios adequados, cuja constrição atingirá o bem que se acha destinado a assegurar o próprio pagamento.

Isso quer dizer que o administrador terá de pagar, por último, os créditos chamados quirografários, sendo certo que, se os recursos não forem suficientes para a satisfação de todos os credores, não conseguirá ratear os valores entre eles, partindo, então, para uma outra forma de solução, que consiste na verificação da ordem de preferência das constrições ou, em última análise, dos aforamentos das execuções.

Essa forma de pagamento, que parece ser a mais racional encontrada, pode não só desestimular a realização da penhora como também demonstrar, ante a insolvência que se aproxima ou que já está instalada, que o caminho que resta ao credor é instaurar um concurso universal de credores, seja mediante processo falimentar ou então através de declaração de insolvência civil.

O administrador, detendo e monopolizando as receitas do executado, irá pagar as obrigações nascidas dos atos de sua própria gestão. Terá de honrar também as obrigações sujeitas a privilégios legais, como os créditos trabalhistas e os fiscais. Provisionará, é certo, os tributos e encargos como, por exemplo, os salários e outras despesas nas quais a empresa executada incorreu no mês em que são apuradas as receitas. Deduzidos esses valores, o que sobrar ele entregará ao juízo da execução.

Em resumo, o administrador entregará ao juízo da execução praticamente os fundos líquidos que conseguir obter com sua gestão, consumindo, antes, as receitas no pagamento de obrigações a seu cargo.

Outra situação bastante intrincada é saber qual o valor mínimo ou máximo do crédito do exeqüente para se determinar a penhora de faturamento. Não se trata de descobrir o valor de cada título executivo, individualmente considerado, haja vista a possibilidade de cumulação de execuções quando diversos os títulos. Será preciso então observar o valor total da execução e não o dos títulos, separadamente.

Em acórdão da lavra do Ministro Hamilton CARVALHIDO, da 6ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de penhora de faturamento em relação a um crédito de R\$ 793,90²⁸¹. Em que pese a situação exposta nesse

281BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO

julgado, para a determinação da constrição, o julgador terá de verificar a utilidade da própria penhora, pois demandará gastos consideráveis com a própria administração da empresa executada: o administrador, certamente, não exercerá graciosamente as suas atividades, sendo bastante difícil encontrar alguém que faça isso por uma quantia mensal tão baixa como a mencionada na decisão do Superior Tribunal de Justiça. Assim, em valores mínimos como os constantes do acórdão acima indicado, o órgão julgador terá de pautar-se dentro de critérios razoáveis e com redobrada cautela, para não onerar em demasia o executado, uma vez que tal situação implicará a agressão ao art. 620, do CPC. A situação do acórdão citado à guisa de exemplo não indica se a empresa devedora possuía estoques de mercadorias,

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA. PENHORA DE RENDA DIÁRIA DE EMPRESA. POSSIBILIDADE, EM CASOS EXCEPCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE BENS OUTROS A VIABILIZAR A EXECUÇÃO. MODESTA IMPORTÂNCIA RECLAMADA. NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA MEDIDA CONSTRITIVA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. NÃO CONHECIMENTO. 1. A mera indicação, no recurso especial, de dispositivos de lei federal cujo exame não teria sido realizado pela Corte Estadual consubstancia, exatamente porque desprovida a insurgência de fundamentação, a evidenciar sua relevância e a determinar a anulação do acórdão alvejado, deficiência bastante, com sede própria nas razões recursais, a determinar o não conhecimento do recurso assentado na violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. 2. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula do STF, Enunciado nº 284). 3. Não se conhece, por inobservância do artigo 541, inciso III, do Código de Processo Civil, de recurso especial na hipótese do recorrente, embora suscitando a violação de dispositivo de lei federal, olvidar-se de enunciar as razões pelas quais se o teria contrariado e a sua correta interpretação. 4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça caminha no sentido de restringir, sempre que possível, a penhora de renda diária de empresa, enunciando as Turmas de Direito Público que "(...) A penhora que recai sobre o rendimento da empresa equivale à penhora da própria empresa (...)" (REsp 220.061/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, in DJ 11/10/99). 5. Admite-se-a, todavia, em situações excepcionais, em que o débito exequendo ultrapasse o valor dos bens oferecidos à penhora, ou quando tais bens mostrem-se ineficazes à garantia do juízo, valendo, ainda, destacar a hipótese em que o débito exequendo não possa ser satisfeito de outro modo. Em hipóteses tais, acrescente-se, há, de outro lado, a necessidade de que a penhora não comprometa a solvabilidade da devedora, impondo-se, outrossim, a nomeação de administrador e a apresentação de esquema de pagamento, na forma do artigo 678, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 6. Na espécie, a questão há de ser tratada, sobretudo, em obséquio da garantia do exequente e da máxima eficácia da prestação jurisdicional, certo que o acórdão estadual é categórico em afirmar que "(...) Procedida à avaliação dos bens penhorados e encontrado valor menor ao do débito, foi pleiteada a ampliação da penhora, deferida pelo Juízo monocrático" e, "porque não localizados bens penhoráveis, foi requerida (...) a penhora sobre percentual do faturamento da devedora que pudesse suportar a execução, no valor de R\$ 793,90, segundo atualização do débito, levada a efeito em junho/99." 7. A inexistência de bens outros a viabilizar a satisfação do crédito, somada à modesta importância reclamada pelo exequente, precisamente por não tornarem inexecutáveis as atividades da empresa executada, apontam para a necessidade e a possibilidade do emprego da medida constritiva. 8. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (artigo 255, parágrafo 2º, do RIST J). 9. Recurso não conhecido. RESP 279580-SP, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 25/02/2002, p. 458, grifou-se.

sendo viável que a penhora os atingisse no lugar do faturamento, até porque os produtos postos à venda são, intuitivamente, mais fáceis de se vender para se atingir um resultado efetivo na execução do que aguardar a administração complexa e onerosa de um empreendimento, para extrair dele algum resultado útil ao credor. Não se sabe, também, se no caso analisado houve alguma diligência no sentido de se obter a descrição circunstanciada dos bens que guarneciam o estabelecimento do devedor, o que poderia evitar a penhora de faturamento, com a constrição incidindo sobre o que existisse lá.

Para finalizar, a penhora de faturamento poderá ser efetuada em execuções de valores elevados, desde que se mostre também razoável para a satisfação do crédito do exequente num espaço de tempo adequado, não podendo ser admitida se proporcionar a eternização da constrição ou da exploração permanente do estabelecimento pelo exequente. A casuística será determinante para cada situação, tendo o juiz que conjugar o valor da execução, o que a penhora de faturamento irá proporcionar e o tempo exigido para a satisfação do credor para determinar ou não a sua realização. A avaliação efetuada antes da penhora com base no art. 722, inciso I, do CPC, aplicado por analogia, será fundamental para se aquilatar o tempo que perdurará essa coação.

1.12.1. Os limites quantitativos da penhora de faturamento

O STJ fala que o valor a ser extraído com a penhora de faturamento chama-se *percentual de subtração suportável*”.

Revela-se ilegal a ordem emanada do juízo para se penhorar uma parte do faturamento, quando não existe ressalva quanto às despesas e gastos com a manutenção do estabelecimento. Normalmente tem sido admitida, como já visto, a

282BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - PENHORA SOBRE RENDA PARCIAL DA EMPRESA - POSSIBILIDADE - CPC, ART. 655, I - I. É possível a penhora sobre o faturamento diário de empresa, com a finalidade de dar eficácia à prestação jurisdicional frustrada pelo oferecimento de bens insuficientes à garantia do Juízo, consubstanciados por latas de tinta com prazo de validade expirado, constrição que, todavia, deve ser procedida com as cautelas necessárias a assegurar a continuidade das atividades sociais, tais como a nomeação de administrador, apresentação de esquema de pagamento e, na hipótese, fixação de percentual de subtração suportável. II. Recurso especial conhecido e provido em parte. RESP 172197 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - DJU 09.10.2000 - p. 151.

penhora de até 30% (trinta por cento) do faturamento nesse tipo de constrição=¹, afirmando-se ser razoável um percentual menor como, por exemplo, de 5²⁸⁴, 10²⁸⁵, 15²⁸⁶ ou de 20%²⁸⁷, mas as decisões encontradas não analisam, por nenhum ângulo, o problema das despesas e obrigações incorridas pela empresa, necessárias à manutenção do próprio estabelecimento e que necessitam ser adimplidas.

Levada a determinação judicial ao pé da letra, significa dizer que o administrador extrairá recursos para depositar à ordem do juízo da execução,

283BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - NÃO OFERECIMENTO DE BENS PARA GARANTIA DO Juízo - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA-POSSIBILIDADE - I - Inexistindo a indicação de bens passíveis de constrição pela empresa executada, cabível a determinação judicial de que a penhora recaia sobre o seu faturamento mensal, no limite de 300/0. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 11- Agravo improvido. AI 98.03.060874-6 - SP - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Célio Benevides - DJU 07.04.1999 - p. 248.

No mesmo sentido, admitindo a constrição de 30% do faturamento: BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - 30% DO FATURAMENTO MENSAL DA SOCIEDADE - ADMISSIBILIDADE - Desde que não ultrapasse 300/0 da receita bruta, é possível, sempre, que a penhora recaia sobre o faturamento de empresa devedora. AI 686.440-00/6 -,5a C. - Rel. Juiz Dyrceu Cintra - DOESP 03.08.2001.

284BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - NOMEAÇÃO À PENHORA - INEFICÁCIA - PENHORA DE BENS DA LINHA DE PRODUÇÃO - PENHORA DO FATURAMENTO - MEDIDA EXCEPCIONAL - Face à discrepância dos valores de avaliação do imóvel, além da dúvida sobre a sua efetiva existência e da dificuldade de alienação em hasta pública, revela-se prudente e correta a decisão que tornou sem efeito a nomeação à penhora feita pelo executado. A penhora de bens da linha de produção constitui medida exacerbada e exageradamente onerosa, ameaçando o próprio funcionamento da empresa, pois a agravante teria que direcionar toda a produção de cerca de seis meses para a satisfação dos créditos da Fazenda Pública, ficando impedida de obter recursos para o pagamento de credores, funcionários e das demais obrigações tributárias. A jurisprudência admite a penhora em dinheiro do faturamento mensal da empresa, como medida excepcional, desde que não haja o comprometimento das suas atividades normais. Se a executada, nas oportunidades oferecidas, não apresentou nenhuma garantia viável, deve ser deferido o pedido do exequente de penhora sobre o faturamento mensal da empresa, porém no percentual de 5%, considerando que o percentual de 30% sobrecarrega demasiadamente o fluxo de recursos da executada. AI 1999.04.01.051884-4 - SC - 1a T. - Rel. Des. Fed. Wellington M. de Almeida - DJU 23.05.2002 - p. 410.

285BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBSCURIDADE E OMISSÃO - 1. Correção do entendimento de que a parte esgotou as instâncias ordinárias, o que não desmerece a decisão que se firmou no segundo pressuposto. 2. Decisão judicial que, dentro de absoluta razoabilidade, determinou a penhora em apenas 10% do faturamento e não 30% como foi ordenado. 3. Embargos de declaração rejeitados. EMC 2188 - SP - 2a T. - Rel" Mina Eliana Calmon - DJU 30.10.2000 - p. 136.

No mesmo sentido:

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - OFERTA DE BENS - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO - POSSIBILIDADE QUANDO NÃO PROVADA A EXISTENCIA DE OUTROS BENS LIVRES E DESEMBARAÇADOS - REDUÇÃO DO PERCENTUAL - 1. A penhora sobre o faturamento é possível em condições excepcionais, quando inexistirem outros bens, livres e desembaraçados para a constrição. 2. O percentual de 30% é elevado e pode atrapalhar o funcionamento da empresa. Deve ser reduzido o percentual a 10%. 3. Agravo de instrumento provido em parte. AG 01000119865 - RO - 4ª T. - Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz - DJU

deixando de lado um número significativo de valores ou obrigações sem nenhuma satisfação, podendo acarretar até a própria insolvência da empresa executada.

Deve-se entender, assim, que, se a penhora de faturamento abarca os fundos líquidos que remanescem em poder do executado, depois de pagas as despesas com a manutenção do estabelecimento (o que equivale ao lucro, tomada essa palavra em seu sentido mais amplo, conforme disciplina dada pelo Direito Privado, e desprezando-se o conceito dado para efeitos de tributação), tudo o que

11.09.2002 - p. 120.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA DE 10% DA RECEITA OPERACIONAL BRUTA MENSAL DA EMPRESA - POSSIBILIDADE - I - Embora a execução deva ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor, tal só ocorre quando por vários meios se puder promovê-la, na dicção do mencionado art. 620, já que a execução se realiza no interesse do credor (art. 612 do CPC) de ver satisfeito integralmente seu crédito. 11- Possibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa, em casos excepcionais, como quando a executada não possua bens para garantia do juízo. 111- A jurisprudência vem admitindo a penhora no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o faturamento da empresa, sendo razoável e menos gravosa a constrição determinada pelo MM. Juiz a quo, a incidir sobre o percentual de 10%. V - Agravo de instrumento provido. AI 116444 - (2000.03.00.051103-0) - 4ª T. - Relª Desª Fed. Therezinha Cazerta - DJU 20.04.2001 - p. 383.

BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - ADMISSIBILIDADE - É juridicamente admissível a constrição de parte do faturamento de empresa, porquanto o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 716 e seguintes, vai muito além, permitindo a concessão ao credor, pelo juízo da execução, do próprio usufruto da empresa executada, o que equivale a admitir a penhora integral da própria empresa. E se o Código de Processo Civil expressamente permite a decretação do usufruto judicial da empresa, o que exige o afastamento de seus dirigentes de seu comando e sua substituição por administrador nomeado pelo juízo (artigos 717 e 719 do Código de Processo Civil), muito mais lógico admitir o menos, qual seja a penhora apenas de parte do faturamento da recalcitrante devedora. Se a penhora de 30% do faturamento da empresa executada pode levá-la à insolvência, justo se afigura reduzir o percentual da constrição a 10% de seu faturamento. AI 688.849-00/3 - 4ª C. - Rel. Juiz Amaral Vieira -DOESP 14.12.2001.

286BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - ADMISSIBILIDADE - A constrição sobre o faturamento da empresa é medida de estrita excepcionalidade, admissível apenas quando absolutamente inexistentes outros bens penhoráveis, e deve ser realizada com prudência, parcimônia, para não correr-se o risco de trazer um insuperável prejuízo à empresa, ainda por tratar-se de sociedade civil que atende população de baixa renda por meio de convênio com o SUS. Deste modo, a redução do percentual de 30% anteriormente fixado para que a penhora recaia somente sobre 15% do faturamento da empresa se mostra necessária. Agravo parcialmente provido. AI 619.218-00/9 - 6ª C. - Rel. Juiz Souza Moreira - DOESP 09.02.2001.

287BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA - INDICAÇÃO NÃO ACEITA PELA FAZENDA - PENHORA DO FATURAMENTO - À Fazenda Pública é dado requerer, em qualquer fase do processo da execução, a substituição de bem constricto ou oferecido para tal fim, a teor do art. 15 da LEF. Trata-se de faculdade atribuída ao exeqüente com vista a obter a melhor e mais rápida satisfação de seu crédito. No entanto, a norma não é absoluta, cabendo ao Magistrado avaliar o caso concreto, tendo em conta e pondo em confronto a vantagem da Fazenda e o modo menos gravoso para o executado (CPC, art. 620). O bem oferecido à penhora - pedras preciosas - sem certificado de propriedade, sem avaliação, sem origem e com mercado consumidor muito restrito, tornaria difícil a sua alienação para

sobrar poderá ser atingido pela constrição. Mas, para se chegar ao lucro, todas as obrigações do empreendimento terão de ser satisfeitas com as receitas auferidas.

Esse fato já cria um entrave para o credor: as empresas que apuram prejuízos escapariam dessa penhora, sendo essa situação bastante comum na prática, de modo que não haveria outra solução para o credor, salvo a hipótese de requerer a falência ou mesmo a insolvência civil.

Além disso, mesmo em relação à penhora de todo o lucro do empreendimento há de se ver a constrição com algum temperamento.

Basta observar que, se a figura do administrador não coincidir com a do executado, o primeiro terá direito a uma remuneração, enquanto os gestores da empresa devedora também poderão pleitear o pagamento de alguma quantia capaz de prover o seu sustento e o de sua família. Tal situação, aliás, vem disciplinada na Lei de Falências, na qual o falido pode requerer, se a massa comportar, o pagamento de uma remuneração módica, fixada pelo juiz, que será adimplida até que se inicie a fase de liquidação²⁸⁸. Se, na falência, isso pode acontecer, por identidade de razões essa remuneração poderá ser reclamada na penhora de faturamento.

1.12.2 Pluralidade de penhoras de faturamento

É de ser enfrentada também a questão relativa à pluralidade de penhoras de faturamento.

satisfação do crédito executado. Já a penhora em 20% (vinte por cento) do faturamento da executada não a inviabiliza, mesmo em época de dificuldades, não se constituindo em onerosidade excessiva, além de estar expressamente prevista na legislação atinente. Acentua-se, por outra, que a decisão guerreada foi ponderada e atendeu à prescrição legal ao prever a nomeação de administrador, com posterior apresentação da forma de administração e do esquema de julgamento, além do percentual ter sido inferior aos 30%, limite máximo permitido. AI 1998.04.01.079029-1 _ PR _ 2a T. _ Rel. Juiz Vilson Darós - DJU 23.02.2000 - p. 93.

288BRASIL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 38. O falido que for diligente no cumprimento dos seus deveres, pode requerer ao juiz, se a massa comportar, que lhe arbitre módica remuneração, ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público. Parágrafo único. A requerimento do síndico ou de qualquer credor que alegue causa justa, ou de ofício, o juiz pode suprimir a remuneração arbitrada, que, de qualquer modo, cessa com o início da liquidação." Essa remuneração não se acha disciplinada, nem está prevista no Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, em fase de discussão no Congresso Nacional.

Um primeiro enfoque que se nos apresenta é o que decorre da análise da determinação, em vários processos e até mesmo por juízes diferentes, no sentido de a constrição recair sobre certo percentual das receitas líquidas do executado, cuja soma (dos percentuais) poderá corresponder até a mais de 100% das próprias receitas totais que ele auferir.

Como a penhora de faturamento tem em mira a apuração, em última análise, de fundos líquidos, os quais correspondem ao que sobrar nas mãos do administrador judicial, depois que apurar as receitas e pagar todas as despesas com a manutenção do estabelecimento e provisionar os valores destinados à satisfação dos tributos e encargos surgidos sob sua gestão, o valor total que sobrar poderá ser direcionado à conta judicial. Assim, a fixação de percentuais revela-se uma medida de todo equivocada que a jurisprudência adotou.

Em que pese o exposto, pode ocorrer que o executado seja parte em 10 ações. Se em cada uma ordena-se a penhora de mais de 10% de seu faturamento, a soma desses percentuais será maior que todas as receitas que ele poderá auferir, o que evidencia a inadmissibilidade de múltiplas e concomitantes coações no caso concreto. Para desconstituir essas penhoras, demonstrando a completa inconsistência desses atos, ele poderá invocar o art. 620, do CPC, juntando, simultaneamente, a todos os processos, as ordens de penhora que forem lançadas contra ele. Isso será suficiente para obter provimentos de desconstituição das simultâneas penhoras de faturamento, desafiando agravo as decisões acaso proferidas.

Por outro lado, os exequêntes, sendo diversos, poderão requerer a reunião dos processos, sem que esse comportamento implique estabelecer um concurso de credores. Conforme anota Humberto THEODORO JÚNIOR:

No sistema do Código revogado (de 1939) a incidência de mais de uma penhora sobre os mesmos bens resolvia as execuções em concurso de credores. Para o novo Código só há concurso universal mediante provocação específica; e a penhora cria para o

credor exeqüente um direito de preferência que não é afetado pela superveniência de outras penhoras de terceiros. ²⁸⁹

Haverá, então, pluralidade de credores contra um devedor comum. Essa situação tem o inconveniente de, efetuando-se uma única penhora que beneficia a todos, terá de se estabelecer uma ordem de pagamentos. O credor que primeiro obteve a penhora receberá na frente dos outros, enquanto estes também estabelecerão entre si essa mesma ordem de prelação=".

Se não pedirem a reunião das execuções, o que se pode justificar diante da conexão'?', cada qual não terá como implementar isoladamente uma penhora de faturamento, salvo se, ainda que correndo todas as execuções em varas ou juízos separados, haja a nomeação de um único administrador em todos os processos. Nessa última hipótese, a anterioridade da constrição determinará a ordem de preferência de cada um²⁹², exceto se a prelação se estabelecer em razão de títulos diferentes ou de privilégios, caso em que terá de ser observada a ordem traçada pela lei.

José Frederico MARQUES, conforme exposto no início deste trabalhos", sustenta que o usufruto de empresa ou de imóvel é incompatível com a pluralidade de penhoras. Ele admite a penhora simultânea do usufruto: uma beneficiando um ²⁸⁹Humberto THEODORO JÚNIOR, *Processo de execução*, p. 271.

²⁹⁰BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 711. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora."

²⁹¹Humberto THEODORO JÚNIOR ensina que, *.... como o bem penhorado é o objeto da ação de execução e sendo ele comum a mais de um processo executivo, é forçoso reconhecer a conexão entre as várias ações em que a penhora atinja os mesmos bens do devedor comum, conforme a regra do art. 103 do CPC, que se aplica também à execução forçada, ex-vi do art. 598, do mesmo Código. Assim, sempre que houver sujeição dos mesmos bens a várias penhoras, poderá o juiz de competência preventa (arts. 106 a 219) ordenar a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam ultimadas simultaneamente (art. 105 do CPC). Essa, aliás, é a solução recomendada expressamente pelo direito italiano. "* (*Processo de execução*, p. 271-2).

²⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. COMPETÊNCIA - CONFLITO - Juízo ESTADUAL X TRABALHO - EXECUÇÃO - PENHORA - CONCURSO DE PREFERÊNCIA - Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem em execuções diversas, promovidas por credores diferentes, cada qual conservará seu direito de preferência. Ausente qualquer discussão acerca da anterioridade da penhora ou sobre o direito de preferência não há incidente na execução a desafiar conflito, máxime se as decisões foram proferidas nos limites da competência de cada um dos juízos envolvidos. CC 36056 - MS - 2ª S. - Relª Min. Nancy Andrighi - DJU 16.12.2002, p. 238.

²⁹³José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 260.

credor, pesando sobre os frutos e rendimentos, e outra atingindo o próprio imóvel, favorecendo outro exeqüente. Mas não diz nada acerca de uma constrição poder atingir o estabelecimento, visando sua alienação,' e outra, simultaneamente, o usufruto desse bem.

Em que pese tal opinião, como na jurisprudência são encontradas decisões que sustentam ser exigível na penhora de faturamento a figura do administrador e a elaboração de um esquema de pagamentos justamente para se evitar fraude e o descumprimento à ordem de preferência, afirma-se que não está descartada nem a formação de litisconsórcio ativo contra um mesmo executado, nem a pluralidade de penhoras de faturamento, desde que a nomeação do administrador pese sobre uma só pessoa, sendo também cabível a reunião de todos os processos num só, face a conexão das ações.

A única incompatibilidade lógica que se logrou encontrar então diz respeito à figura do administrador, pois, sendo várias as execuções e inúmeros os depositários, ficará instalada uma verdadeira *torre de babel*. Eles não conseguirão desempenhar suas atribuições ante os numerosos conflitos que irão fatalmente surgir. Só o fato de se exigir o registro do ato de nomeação do administrador judicial irá criar toda sorte de problemas junto ao órgão competente.

Por seu turno, não foi possível encontrar nenhum acórdão, como também não se observou, na doutrina, qualquer texto admitindo essa hipótese.

Em tal caso, insistindo-se na possibilidade de cumulação de execuções em razão da existência de inúmeros credores, certamente se multiplicarão os problemas, que já são muitos, relativos a esse tipo de constrição, ainda que nomeado para o cargo de depositário um único administrador, comum a todos os processos.

1.12.3. Os limites temporais da penhora de faturamento

Questão bastante interessante que surge diz respeito aos limites de tempo que a penhora de faturamento pode sujeitar-se. Noutras palavras, essa constrição poderia perdurar indefinidamente?

Francesco CARNELUTTI já enfatizava em seu *Sistema de Direito Processual* que, na Itália, *A administração judicial de imóvel se disporá por tempo não superior a três anos*²⁹⁴,

No entanto, não há regra parecida no Direito pátrio nem mesmo em relação aos bens imóveis, o que força uma conclusão no sentido de não haver limite de tempo para a penhora de faturamento perdurar.

É possível, entretanto, em relação a cada caso concreto, estimar o tempo necessário à satisfação do credor, determinando o juiz, até mesmo antes da realização da penhora de faturamento, que o administrador avalie, tal como admite o art. 722, inciso I, do CPC, aplicado à hipótese por analogia, os fundos líquidos que poderão ser auferidos com essa constrição, calculando também o tempo necessário à obtenção de todo o valor - incluindo principal e acessórios - para a liquidação da dívida.

Aliás, esse procedimento poderá até demonstrar a falta de viabilidade ou mesmo a excessiva onerosidade dessa penhora. Em vez de se determinar de plano e de modo bastante simplista a constrição do faturamento, como muitas decisões de primeiro grau afirmam, seria recomendável que o administrador, quando apresentasse o plano de administração e esquema de pagamentos, estimasse os fundos líquidos que poderiam ser obtidos com suas atividades à frente do estabelecimento e o tempo necessário à obtenção de todo o valor objeto da execução.

Araken de ASSIS, ao discorrer sobre a *eficiência do usufruto*, comentando o art. 716, do CPC, assevera:

1.2 Eficiência do usufruto - Nenhum sentido há em o juiz avaliar a eficiência do usufruto para o recebimento da dívida, conforme acentua o art. 716, se no conseguimento do tempo necessário para a liquidação, calculado na forma do art. 722, 11, ela se extinguisse de forma inexorável, mesmo não ocorrendo a cabal satisfação do credor. Uma coisa se vincula à outra. A

²⁹⁴Francesco CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 702.

oportuna projeção imposta pelo art. 722, 11, que é ulterior ao deferimento do usufruto, visa medir o tempo provável, sujeito a inúmeros percalços, em que se dará a extinção. Deve o juiz, antes disso, ponderar se os rendimentos da coisa penhorada conduzirão, num prazo razoável, à solução da dívida. Tem duplo aspecto, pois, o requisito: de um lado, os rendimentos não de ser suficientes para alcançar aquela solução rapidamente (caso contrário, o usufruto se revelaria gravoso ao executado e inútil ao credor); de outro, o mecanismo deve obrigatoriamente levar à tal extinção. Em outras palavras, o juiz indeferirá a constituição do usufruto se, à primeira vista, os acréscimos naturais da dívida (reajustamento monetário e juros) absorverão os rendimentos dos bens penhorados. ²⁹⁵

Nada impede que - embora a providência seja ulterior à decretação do usufruto - na penhora de faturamento, antes de se investir o administrador judicial em suas funções, o juiz determine que ele apresente uma estimativa dos fundos líquidos que poderão ser extraídos do estabelecimento, para, então, medir tanto a viabilidade da penhora (que existirá apenas se esses fundos suportarem, além dos acréscimos legais - juros e atualização monetária - , também a imputação no pagamento do principal) e o tempo que perdurará a constrição. Com essa providência evita-se um sem número de problemas, permitindo a coação apenas quando ela se revelar útil ao credor.

1.12.4. A possibilidade de modificação da penhora de faturamento

²⁹⁵Araken de ASSIS, *Comentários ao código de processo civil*, v. 9, p. 393.

Uma vez realizada a penhora de faturamento, é possível falar em sua modificação, que, entretanto, não poderá culminar em ampliação.

É que, sendo excepcional essa medida, passível de ocorrer apenas quando não existirem outros bens capazes de garantir a execução, será ilógico admitir a sua ampliação, pois é intuitivo pensar que não haverá mais nada que possa ser penhorado=.

Todavia, a situação inversa é possível, sendo até mesmo aconselhável a redução da penhora ou a transferência para outros bens que integrem o patrimônio do executado, cessando a constrição sobre todo o estabelecimento.

Desse modo, recaindo a penhora sobre o faturamento, poderá o juiz determinar que ela seja transferida para outros bens quando ficar demonstrado que os mesmos são capazes por si só de garantir o juízo e também como forma de dispensar ao executado um tratamento que lhe provoque a menor onerosidade possível.

Essa providência pode ser ordenada mesmo depois que o administrador iniciar as suas atividades, relatando ao juiz a existência de bens capazes de garantir a execução.

1.13. Momento em que se dá a penhora de faturamento e início do prazo para apresentação de embargos

Esse tema é de capital importância, pois interfere diretamente na abertura do prazo para a interposição de embargos pelo executado.

A penhora de faturamento, conquanto a jurisprudência admita a sua realização mediante lavratura de auto?", parece ser passível de concretização apenas através de redução por termo lavrado na secretaria do juízo.

José Carlos Barbosa MOREIRA diferencia essas figuras de modo bastante sutil⁹⁸: o auto de penhora é ato praticado por oficial de justiça, enquanto o termo é lavrado pelo escrivão, em cartório?", compatibilizando-se melhor com a situação

297BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: EMBARGOS DO DEVEDOR - PRAZO _ TERMO INICIAL - PENHORA DE RENDAS - REQUISITOS - Embargos de devedor. Tratando-se de penhora de créditos ou faturamento, esta se implementa e aperfeiçoa com a lavratura de auto ou termo e nomeação de depositário. Da juntada do mandado, se conta o prazo de Embargos de Devedor (arts. 664/665 e art. 738, I, CPC). Labora em equívoco o magistrado que aplica o art. 737, I, CPC, para inadmitir os Embargos de Devedor, confundindo penhora com depósito ou arrecadação de numerário. Recurso provido. AC 18505/1999 - (18022000) - 17ª C.Cív. - Rel. Des. Severiano Ignacio Aragão - J. 15.12.1999. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/consulta/frameconsultawi.htm>> Acesso em: 20 nov 2003.

298José Carlos BARBOSA MOREIRA, *O novo Processo Civil Brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, p. 229. Ele afirma, a respeito do procedimento da penhora: 1. *Conforme se viu (supra, nO1, 1), quando a penhora incide sobre bens nomeados pelo próprio devedor, reputa-se feita com a simples redução a termo (art. 657, 1ª parte, fine). O § 4º do art. 659, aditado pela Lei n.º 8.953, repete a regra especificamente para os bens imóveis, acrescentando a necessidade do registro. O emprego das duas expressões ('auto ou termo') sugere que se haja pretendido simplificar também o procedimento da penhora de imóveis não nomeados pelo devedor: em relação a esses é que se lava auto. O alcance da inovação, todavia, não fica muito claro. Provavelmente se terá querido dispensar a apreensão física por obra de oficial de justiça: o "auto" referido no dispositivo não se identificaria, em tal perspectiva, com o tradicional "auto" de penhora, sob pena de não se caracterizar, afinal de contas, simplificação alguma.*

299BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - LOCAÇÃO - EXECUÇÃO - AUTO E TERMO DE PENHORA - NECESSIDADE DE NOVA INTIMAÇÃO DO EXECUTADO PARA O OFERECIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO - NÃO CONHECIMENTO - 1. Consoante firme entendimento doutrinário, consiste a penhora no ato do processo de execução "cuja finalidade é a individualização e preservação dos bens a serem submetidos ao processo de execução, como ensina Carnelutti. Trata-se, em suma, do meio de que se vale o Estado para fixar a responsabilidade executiva sobre determinados bens do devedor." (Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Processual Civil, volume II, Processo de Execução e Processo Cautelar, Editora Forense, 16ª edição, Rio de Janeiro, 1996, pág. 185). 2. O auto de penhora consubstancia instrumento de atestação da individualização, apreensão e depósito do bem do devedor. 3. Auto de penhora não se confunde com termo de penhora. O primeiro exsurge de diligência do oficial de justiça, enquanto o segundo se formaliza mediante lavratura, pelo escrivão, de nomeação de bem realizada na sede do juízo. 4. Não há necessidade de lavratura de auto de penhora, mas tão-somente de

encontrada nesse tipo de constrição, que exige a nomeação de um administrador. Como o administrador possui a incumbência de apresentar um plano de trabalho e o esquema de pagamentos, depois de aprovados, ele será intimado a comparecer em juízo para assinar o termo, sem o que não poderá ser investido em suas funções.

Embora, na execução regulada pelo CPC, o prazo dos embargos seja contado da juntada aos autos da prova da intimação da penhora?", a LEF trata o assunto de modo diverso, prevendo que esse prazo é disparado no momento em que o devedor é intimado da realização da constrição>". Até a primeira reforma do CPC promovida pela Lei n.º 8.953, de 1994, havia previsão de que o prazo dos embargos nas execuções civis iniciava-se também com a intimação da penhora ao executado, independentemente da data da juntada aos autos do respectivo mandado. Mas, como visto, houve modificação da legislação nesse ponto.

Assim, seja da juntada aos autos da prova da intimação da penhora, no caso das execuções civis, seja da própria intimação da constrição, nas execuções fiscais, torna-se necessário saber quando se tem por realizado esse tipo de penhora, sem o que não se pode admitir o manejo dos embargos.

termo de penhora, na hipótese em que o próprio executado comparece no processo a fim de indicar os bens a serem executados. 5. "Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias (...)" (Código de Processo Civil, artigo 669). 6. A lei, ela mesma, exige que, ultimado o ato de individualização do bem executado, por meio da lavratura do auto/termo de penhora, seja o executado intimado para, querendo, oferecer embargos. 7. Consignado, todavia, no acórdão estadual, que o executado, tão logo oferecidos os bens à penhora, foi cientificado de que, se nada opusesse o exequente, seria novamente intimado, "independentemente de auto, da aceitação da penhora para efeito de início de prazo de embargos" (fl. 112), e, registre-se, tendo ocorrido o segundo ato intimatório, não se há de conceder-lhe, reconhecida a inércia em apresentá-los, novo prazo para a impugnação da execução ao exclusivo argumento de que não se encontrava habilitado, porque inseguro, da data em que se iniciaria a contagem do prazo para o exercício de sua defesa. 8. Ainda que exigível a lavratura do termo de penhora, tendo havido, repita-se, nova intimação especificamente para a oposição de embargos, não se há de deferir-lhe, exclusivamente por tal razão, novo prazo para impugnar a execução. 9. A sistemática processual, tal como se propõe, busca dar máxima efetividade ao cumprimento de sua função sócio-político-jurídica, eliminando insatisfações - com justiça e fazendo cumprir o direito -, não se compadecendo com o formalismo exacerbado. 10. Recurso não conhecido. RESP 329491 - SP - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 25.02.2002, p. 464, grifou-se.

300BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de dez dias, contados: (Redação dada pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994) I - da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994) II - do termo de depósito (artigo 622); III - da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa (artigo 625); IV - da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer."

301BRASIL, *Lei de Execução Fiscal (Lei n.º 6.830, de 1980)*: "Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I - do depósito; " - da juntada da prova da fiança bancária; III - da intimação da penhora."

Antes de seguro o juízo, não será possível, portanto, atacar a execução por intermédio do incidente de embargos do devedor=".

É certo que há a possibilidade de instauração de incidentes sem a realização da penhora, como a chamada exceção de pré-executividade, que *coloca porção de cognição no processo de execução, de modo a prescindir dos embargos do devedor, ação esta que, em comparação com o rápido incidente da exceção de pré-executividade, simples petição, é bem mais demorada, lenta e burocrática*".

Daí que, *Toda matéria que o juiz pode conhecer de ofício o executado também pode alegar, a qualquer tempo, por meio da exceção de pré-executividade*", situando-se, nesse contexto, as questões de ordem pública, ligadas, de regra, às condições da ação e aos pressupostos processuais, de existência e de desenvolvimento válido e regular do processo, havendo discussão acerca de seu cabimento nas execuções fiscais, pois o art. 16 da LEF afirma em seu parágrafo único que, nos embargos, o executado *deverá alegar toda a matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas*. O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Primeira Turma, pretendeu fixar a idéia de não ser possível o uso desse remédio nas execuções fiscais quando julgou o RESP 143.571-RS, que teve como Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros?".

302Conforme estabelecem o CPC ("Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I - pela penhora, na execução por quantia certa; II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa. li) e a LEF ("Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I - do depósito; II - da juntada da prova da fiança bancária; III - da intimação da penhora. § 1º. Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.)"

303Alberto Camiria MOREIRA, *Defesa sem embargos do executado - exceção de pré-executividade*, p.6.

304Alberto Camiria MOREIRA, *Defesa sem embargos do executado - exceção de pré-executividade*, p.28.

305BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: "PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ADMISSÃO ANTES DE EFETIVADA A PENHORA - ADMISSIBILIDADE.I - O sistema consagrado no art. 16 da Lei n.º 6.830/80 não admite as denominadas "exceções de pré-executividade." II - O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe a rapidez. III - Nada impede que o executado - antes da penhora - advirta o juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento *ex officio*. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer *tabula rasa* do preceito contido no art. 16 da LEF. Seria emitir um *convite* à chicana, transformando a execução fiscal em roncero procedimento ordinário. RESP 143.571-RS,

Considerado o teor dessa decisão, será possível perceber, num primeiro momento, que ela não admite a exceção de pré-executividade como meio ordinário de defesa, mas faz menção à possível advertência que pode ser dada pelo executado ao juiz da causa para demonstrar-lhe a falta de um pressuposto processual ou a inexistência de uma das condições da ação.

Ora, se a parte tem o direito de observar ao julgador aquilo que ele deve conhecer de ofício, certamente a exceção de pré-executividade poderá ser usada.

Em que pese o exposto, encontram-se, na doutrina, opiniões favoráveis ao uso desse instituto na ação de execução fiscal: Carlos Henrique ABRÃO³⁰⁶ e Hugo de Brito MACHADO³⁰⁷.

Mas a Segunda Turma do C. Superior Tribunal de Justiça foi mais clara ao resolver o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 9.980-SP, do qual foi relator o Ministro Ari Pargendler. Nesse julgado, fixou-se que o art. 16 prevê a regra geral, qual seja, a utilização dos embargos como meio ordinário de defesa pelo devedor, o que não afasta o uso das exceções de pré-executividade³⁰⁸.

Também o Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentou a mesma posição, reforçando então a possibilidade de utilização das exceções de pré-executividade nas ações de execução fiscal³⁰⁹.

Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 01-03-1999, p. 227; RDDT, v. 44, p. 182.

³⁰⁶Carlos Henrique ABRÃO, *Exceção de pré-executividade na lei 6.830/80*, p. 11-17.

³⁰⁷Hugode Brito MACHADO, *Juízo de admissibilidade na execução fiscal*, p. 18-23.

³⁰⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO QUE ORDENOU CONTRA TERCEIRO INDICADO COMO SUCESSOR TRIBUTÁRIO. A regra, na execução fiscal, é a de que o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa nos embargos do devedor (Lei n.º 6.830, de 1980, art. 16, § 2º). Excepcionalmente, admite-se a exceção de pré-executividade, no âmbito da qual, sem o oferecimento da penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação - decisão, então, sujeita a agravo de instrumento. Hipótese em que o interessado interpôs desde logo o agravo de instrumento contra o ato que ordenou a penhora. Mal sucedido nesse recurso, não podia substituí-lo pelo mandado de segurança. Recurso ordinário improvido. RMS 9980-SP, 2ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 05-04-1999, p. 100; RDDT, v. 45, p.171.

³⁰⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CONCEITO - REQUISITOS - GARANTIA DO JUÍZO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - 1 - A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo, por falta do preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor. 2 - Predomina na doutrina o entendimento no sentido da possibilidade da matéria de ordem pública (objeções processuais e substanciais), reconhecível, inclusive, de ofício pelo próprio magistrado, a qualquer tempo e grau de

De qualquer modo, não se pode discutir nos embargos os eventuais vícios que possam macular a penhora. Alberto Camifia MOREIRA, a propósito, leciona:

Decerto, o caso mais corriqueiro de defesa interna ao processo de execução é o da penhora sobre bem impenhorável. As questões relativas à penhora, entretanto, não devem ser discutidas e resolvidas na ação incidental de embargos, mas nos autos da própria execução, podendo a nulidade da penhora ser alegada por simples petição. Os embargos à penhora são procedimento inexistente, que leva à carência da ação, com extinção do processo sem julgamento do mérito. ³¹⁰

É possível, então, o manejo desse remédio, qual seja, da exceção de pré-executividade quando a execução revelar-se írrita ante a falta de qualquer de seus pressupostos de instauração (também chamados de pressupostos de existência) e de desenvolvimento ou quando não co-existirem as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse - art. 267, VI, do CPC),

jurisdição, ser objeto da exceção de pré-executividade (na verdade objeção de pré-executividade, segundo alguns autores que apontam a impropriedade do termo), até porque há interesse público de que a atuação jurisdicional, com o dispêndio de recursos materiais e humanos que lhe são necessários, não seja exercida por inexistência da própria ação. Por ser ilegítima a parte, não haver interesse processual e possibilidade jurídica do pedido; por inexistentes os pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica-processual e, ainda, por se mostrar a autoridade judiciária absolutamente incompetente. 3 - Há possibilidade de serem argüidas também causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente (v.g. pagamento, decadência, prescrição, remissão, anistia, etc.) desde que desnecessária qualquer dilação probatória, ou seja, desde que seja de plano, por prova documental inequívoca, comprovada a inviabilidade da execução. 4 - Isso não significa estar correta a alegação, de certa forma freqüente principalmente em execuções, de que, com a promulgação da atual Constituição Federal, a obrigatoriedade da garantia do juízo para oferecimento de embargos mostrar-se-ia inconstitucional, tendo em vista a impossibilidade de privação de bens sem o devido processo legal. É certo que o devido processo legal é a possibilidade efetiva da parte ter acesso ao poder judiciário, deduzindo pretensão e podendo se defender com a maior amplitude possível, conforme o processo descrito na lei. O que o princípio busca impedir é que de modo arbitrário, ou seja, sem qualquer respaldo legal, haja o desapossamento de bens e da liberdade da pessoa. Havendo um processo descrito na lei, este deverá ser seguido de forma a resguardar tanto os interesses do autor, como os interesses do réu, de forma igualitária, sob pena de ferimento de outro princípio constitucional, qual seja, da isonomia, que também rege a relação processual. 5 - Pelo que se depreende da cópia da certidão da dívida ativa, anexada aos autos, o título executivo extrajudicial encontra-se formalmente perfeito, gozando de presunção legal de certeza e liquidez. No que concerne à alegação de extinção do crédito, pela compensação, também não foi apresentada qualquer comprovação inequívoca. 6. Agravo a que se nega provimento. AI 51.242 - SP - 3ª T. - Rel. Juiz Manoel Álvares - DJU 18.11.1998, p. 502.

310Alberto Camifia MOREIRA, *Defesa sem embargos do executado - exceção de pré-executividade*, p.149.

não se exigindo a penhora como pressuposto de existência ou de constituição da relação processual incidental que veicule esse tipo de questão.

Mas o problema que se busca resolver é o pertinente ao prazo para a apresentação dos embargos, que, ou se inicia com a intimação da penhora ao executado (LEF, art. 16, III) ou da juntada aos autos da prova dessa intimação (CPC, art. 739, I), conforme se trate de execução fiscal ou civil, respectivamente. Nos embargos, não custa lembrar, o executado irá atacar o título executivo e não a penhora de faturamento, pois os vícios desta terão de ser discutidos no bojo do próprio processo de execução.

Coerente à posição já externada, no sentido de taxar a penhora de faturamento como constrição de direitos, interpreta-se que o prazo para a apresentação dos embargos se iniciará após a nomeação do administrador e intimação ao executado da assinatura do termo pelo depositário, com antecedente aprovação pelo juiz do plano que ele apresentar, mediante decisão fundamentada (art. 677, § 1º, CPC). Depois de aprovado o plano, o depositário assinará o termo respectivo, para que ingresse em suas funções?". É desse termo que o executado deve ser intimado, mesmo porque, até então, o novo gestor não terá como fazer absolutamente nada, pois os então diretores ou administradores indicados no contrato social ou estatutos (conforme o tipo de sociedade) ou mesmo o empresário individual ainda representarão o estabelecimento perante terceiros.

Não é possível contar o prazo para embargos a partir da efetivação dos depósitos em dinheiro, resultantes do que for obtido com a administração da empresa pelo encarregado nomeado judicialmente, mesmo porque será sempre da intimação do executado que se poderá cogitar em início de qualquer prazo para embargar. Os depósitos consistem em sub-rogação da penhora de faturamento por coação de dinheiro, de sorte que a apreensão acontece em primeiro lugar em relação ao estabelecimento, sendo necessário abrir a oportunidade para o manejo

311BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - TERMO DE PENHORA - ASSINATURA - REQUISITO INDISPENSÁVEL - PENHORA DE BENS INCORPÓREOS - IRRELEVÂNCIA - ART. 665, CPC - RECURSO DESACOLHIDO - I - Nos termos do art. 665 IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado. 11_ A regular penhora antecede à intimação para apresentação dos embargos. 111 - Segundo antigo brocardo latino, *Ubi fex non distinguit nec interpres distinguere debet*. RESP 420303 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 12.08.2002, p. 223, grifou-se.

dos embargos para efeito até mesmo de se preservar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça são enfáticas em afirmar, mesmo quando se trata de depósitos em dinheiro, que há necessidade de lavratura de termo, com a conseqüente intimação do executado, clara o suficiente, prevendo inclusive o prazo para ele oferecer embargos=".

Mas, como já se assinalou, o administrador não recebe um faturamento, mas um estabelecimento ou empresa para gerir o faturamento. E é justamente o depósito do estabelecimento em suas mãos que permitirá o início de suas atribuições, devendo ocorrer a intimação do executado que, por sua vez, terá aberta a oportunidade de embargar a execução, contando-se o prazo da juntada do mandado, se se tratar de execução civil, ou da própria intimação da penhora, se a execução for fiscal. Observa-se, ainda, que o termo firmado pelo administrador terá de ser levado a registro junto aos órgãos competentes.

Essa posição é externada invocando-se o art. 1.144 do Código Civil de 2002, que pode ser aplicado por analogia a tal hipótese. No caso das empresas mercantis e atividades assemelhadas, o arquivamento se dava com fundamento no

312Vejam o seguinte acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO FISCAL - ICM - DEPÓSITO EM DINHEIRO - PENHORA - PRAZO PARA OS EMBARGOS À EXECUÇÃO - INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR - LEI Nº 6.830/80 (ARTS - 9., I, E 11,16,111)-1. Depósito em dinheiro (art. 9., I, e parágrafo 2º, Lei 6.830/80) diferencia-se de nomear bens à penhora, observando-se a ordem legal que contempla o dinheiro convertido em depósito (art. 9., 111,11,2. Havendo nomeação de bem à penhora, deve esta ser tomada a termo a fim de que produza efeitos. É necessária a intimação pessoal do devedor, com expressa advertência do prazo para o oferecimento dos embargos à execução (art. 16, 111Lei cit.; art. 234, Código de Processo Civil). 3. O prazo para oferecimento dos embargos não começa a fluir do depósito. Inaplicável, pois, o disposto no artigo 16, inciso I da Lei nº6.830/80. A contagem do prazo inicia-se a partir da intimação da penhora, que tendo sido feita em dinheiro, será convertida em depósito, nos termos dos artigos 11, parágrafo 2º ego, inciso I, da Lei nº6.830/80. 4. Recurso a que se nega provimento. RESP 39672 - (199300284401) - SP - 2ª T. - Relª Mina Nancy Andrighi - DJU 22.05.2000 - p. 90.

art. 32, inciso II, alínea "e" da Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994³¹³, substituído, no mesmo sentido, pelo art. 968 do Código Civil de 2002³¹⁴.

É de se notar também que o contrato que tem por objeto o usufruto de empresa somente produz efeitos depois de averbado no Registro Público de Empresas Mercantis e de publicado na imprensa oficial, conforme enfatiza o art. 1.144 do Código Civil de 2002. Essa exigência visa respeitar os interesses de terceiros, de modo que, *mutatis mutandis*, a mesma razão se aplica quando forçadamente o Poder Judiciário nomear um administrador, em substituição ao ou aos que constam do contrato social ou estatutos, para assim viabilizar a efetividade de um determinado processo de execução.

Verifica-se que é justamente em relação a terceiros que, inicialmente, poderão surgir problemas em decorrência da falta de registro do ato de nomeação do administrador como, por exemplo, um devedor do executado que poderá se negar a adimplir uma obrigação argüindo a falta de quitação passada pela pessoa legitimada a representá-lo.

A necessidade de registro desse ato é, portanto, indiscutível, pois somente a partir disso o administrador passará a representar validamente a sociedade, não sendo possível antes disso praticar atos válidos em seu nome, mormente os relacionados às receitas que afluirão para o estabelecimento. Ainda que se argumente que sua nomeação ocorre num processo em que se aplica o princípio da publicidade, para que os atos que ele praticar tenham validade contra terceiros,

313BRASIL, *Lei n.º 8.934, de 1994*: "Art. 32. O Registro compreende: I - a Matrícula e seu Cancelamento: dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais; II - o Arquivamento: a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas; b) dos atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976; c) dos atos concernentes a empresas mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil; d) das declarações de microempresa; e) de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis; III - a autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma de lei própria."

314BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafo; III - o capital; IV - o objeto e a sede da empresa. § 1º Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos. § 2º À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes." (grifou-se).

exige-se o mencionado registro, não sendo suficiente então apenas a publicidade que emerge do próprio processo de execução.

O depositário aparece como verdadeiro administrador, cujas limitações de poderes devem constar do Registro de Empresas?" para que possam ser opostas a terceiros.

Embora o registro seja indispensável para que os atos de administração praticados pelo depositário tenham validade perante terceiros, até para que ele represente adequadamente a sociedade diante de outras pessoas, alheias ao processo, a penhora já será tida como realizada da assinatura do termo. O registro _ por seu turno - não é pressuposto de validade da penhora, mas de eficácia *erga omnes*, conforme vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça quando interpretava o § 4º do art. 659 do CPC³¹⁶, cujas dúvidas foram debeladas pela Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002³¹⁷.

315Conforme estabelece o Código Civil de 2002: "Art. 1174. As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente. Parágrafo único. Para o mesmo efeito e com idêntica ressalva, deve a modificação ou revogação do mandato ser arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis."

316BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. LOCAÇÃO PREDIAL URBANA - EXECUÇÃO - PENHORA SOBRE IMÓVEL - ATO DE CONSTRIÇÃO NÃO LEVADO A REGISTRO - ALIENAÇÃO DO BEM A TERCEIRO - ART. 593, li, CPC - FRAUDE DE EXECUÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO _ A presunção de que trata o inciso li, do art. 593, do CPC é relativa, e para configuração da fraude de execução torna-se necessário o registro do gravame. Na sua ausência, incumbe ao exequente provar que o terceiro adquirente tinha ciência da ação ou da constrição. Acresce que, pelo § 4º, do art. 659, do CPC, o registro da penhora não é pressuposto da sua validade, mas, sim, de eficácia *erga omnes*. Recurso conhecido e provido. RESP 293686 - SP - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 25.06.2001 - p. 224.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - BEM IMÓVEL - EMBARGOS DO DEVEDOR - INSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS - PRAZO - TERMO A QUO - ARTIGOS 659, PARÁGRAFO 4º, 669 E 738, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NÃO CONHECIMENTO - 1. "A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro." (artigo 659, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil). 2. "Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias." (artigo 669 do Código de Processo Civil). 3. "O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados da juntada nos autos da prova da intimação da penhora." (artigo 738, inciso I, do Código de Processo Civil). 4. Da interpretação sistemática dos artigos 659, parágrafo 4º, 669 e 738, inciso I, do Código de Processo Civil, resulta que a inscrição do auto/termo no cartório de registro de imóveis não consubstancia ato integrativo da penhora, mas, sim, "ato independente a ser praticado, a posteriori, pelo credor. Assim, a intimação do devedor para embargar a execução pode ser realizada tão logo lavrado o termo da penhora, independentemente do registro desta." (REsp 243.187/RS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, in DJ 25/6/2001). 5. Recurso não conhecido. RESP 153793 - SP - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU 25.02.2002, p. 456.

317Essediploma deu a seguinte redação ao § 4º do art. 659 do CPC: "§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por

Enquanto não for levado a registro o termo de nomeação do administrador judicial, os gestores contratualmente indicados poderão continuar a receber os créditos e haveres da sociedade, pois ainda a representarão. Não configurará fraude à execução a quitação assim efetuada, mesmo porque os terceiros devedores não terão nenhum conhecimento da penhora, salvo se comprovadamente foram antes cientificados ou no caso de ser possível demonstrar que sabiam desse fato.

Essa questão faz surgir também a necessidade de ampla divulgação da penhora de faturamento, ao menos para que o administrador comunique a sua investidura aos devedores da empresa executada ou às pessoas com as quais ela normalmente contrata, sendo que o plano de administração disciplinará a forma de se evitar a quitação das dívidas ativas da sociedade por parte dos gestores afastados de seus cargos e substituídos pelo depositário.

A partir da averbação do ato, conforme preconiza o mencionado art. 1.144 do Código Civil de 2002, pode surgir a questão de o terceiro sustentar que pagou ao administrador afastado de suas funções, mas que agiu de boa-fé, e, por isso, a quitação teria de produzir efeitos. Essa situação é tormentosa, pois na penhora de faturamento a lei não é taxativa como na constrição de imóveis, que exige o registro do ato para que os efeitos *erga omnes* decorrentes da penhora sejam inexpugnáveis. Embora exista até um preceito na lei processual civil determinando o registro do ato que nomeou o administrador judicial?", não há regra específica dando como inválidos os atos praticados concomitantemente pelos representantes legais eleitos em contrato paralelamente aos realizados pelo administrador judicial.

Vale lembrar ainda o texto do art. 113 do Código Civil em vigor, que afirma: "*Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*" Mas, existindo o registro no órgão competente do ato de nomeação do administrador judicial, a situação inverte-se, de sorte que surge

terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002, em vigor 3 (três) meses após a data de publicação)."

318BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 728. Cumpre ao administrador: I - comunicar à Junta Comercial que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou; ¹¹ - submeter à aprovação judicial a forma de administração; ¹¹¹ - prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida."

a presunção de ineficácia da quitação passada pelo administrador indicado no contrato ou estatutos sociais, em detrimento do administrador judicial.

A saída encontrada é, como já sugerido, dar a maior publicidade possível a esse tipo de constrição, inclusive permitindo que o administrador, à semelhança do que ocorre com o comissário nas concordatas preventivas!", encaminhe correspondência aos terceiros devedores ou com os quais a empresa normalmente mantém negócios, que depois não poderão se esquivar alegando ignorância ou boa-fé em relação a algum pagamento realizado ao ou aos administradores contratuais, afastados de suas funções.

Não será possível em tais casos determinar o cumprimento do disposto no art. 671, incisos I e II, do CPC, ficando o terceiro como depositário do crédito, dado que os recursos advindos desses créditos podem ser vitais à manutenção do estabelecimento, de sorte que não será conveniente a retenção dos pagamentos pelos devedores do executado. Noutras palavras, os créditos terão de ser convertidos em dinheiro, pois se ficarem latentes, sem pagamento, não permitirão a satisfação da obrigação que é objeto da execução, provocando a paralisação das atividades do estabelecimento atingido pela penhora.

Uma pergunta que surge é no sentido de saber se o administrador teria legitimidade para representar a sociedade em juízo ou, se dentre seus poderes, esse *munus* estaria abrangido, pois o art. 12, inciso VI do CPC afirma peremptoriamente que as pessoas jurídicas serão representadas por quem os estatutos designarem, ou, em caso de silêncio, pelos diretores nomeados. Mas esse tema será abordado no item que trata das *outras atribuições do administrador* (1.15.9, adiante), dado o fato de ser muito amplo o espectro de abrangência das atividades do depositário em tal caso.

Uma peculiaridade que, então, aparece é a pertinente à distinção entre os procedimentos adotados pela LEF e pelo CPC: na primeira, bastará a intimação da

³¹⁹ O art. 169 da Lei de Quebras determina que o comissário, embora atue apenas como fiscal do juízo e não como administrador propriamente dito, avisará os interessados pelo órgão oficial o lugar e horário em que poderá ser encontrado, além de determinar a expedição de correspondência aos credores sujeitos à moratória, indicando a eles os valores de seus respectivos créditos e a natureza dos mesmos. No trabalho proposto, a sugestão é que o administrador expeça correspondência aos devedores do executado, fazendo isso em relação aos créditos já constituídos, conforme prevê o art. 671, do CPC, mas cientificando para que paguem somente diante de quitação passada por ele e não pelos gestores afastados de suas ocupações.

lavratura do termo acima referido (termo de nomeação do administrador, que só poderá ser lavrado depois de aprovado o plano de gerenciamento do estabelecimento), que se fará acompanhar do plano aprovado para que se inicie a oportunidade para a apresentação de embargos; no segundo, o prazo irá se disparar quando da juntada ao processo de execução da prova dessa intimação ao executado.

Não se pode admitir e determinar o processamento dos embargos apenas depois de efetuados os depósitos das quantias arrecadadas pelo administrador, pois a penhora de faturamento revela a possibilidade de se prostrar a concretização desses atos em longos espaços de tempo. Carlos Henrique ABRÃO nos faz ver que até mesmo pode ocorrer a resolução de mérito dos embargos enquanto o depositário está incumbido de administrar o negócio e efetuar os depósitos à ordem do juízo?".

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça decidiu reiteradas vezes que a penhora de faturamento exige obediência aos artigos 677 e 678, parágrafo único do CPC, determinando que se faça a nomeação de administrador, fixando-lhe as responsabilidades e atribuições?".

320 Forçoso dizer, portanto, que nada inibe durante o tempo necessário à execução da medida [penhora de faturamento], pelos aspectos de sua elasticidade, reveja o Juízo o percentual, na dicção de conseguir um equilíbrio e não superar a previsão de tempo bastante à decisão do mérito dos embargos opostos. (Depositário judicial na penhora do faturamento, p. 8).

321BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO - PENHORA DE FATURAMENTO - ADMINISTRADOR - O faturamento da receita bruta diária no quantitativo de 20% inviabiliza o funcionamento da empresa; admitida em situações excepcionais e em valores razoáveis, a medida deve ser precedida de instauração do regime de administração. Art. 678, par. único, do CPC. Recurso conhecido e provido. RESP 252739 - GO - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 18.12.2000 - p. 203.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - A penhora só pode recair em parte do faturamento da empresa devedora havendo nomeação de um administrador, como determina o artigo 677 do CPC. Recurso improvido. RESP 246821 - (200000081310) - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 02.05.2000 - p. 121.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUTIVO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR ESPECIAL (CPC, ART. 677) - PRISÃO CIVIL - PENHORA - GERENTE DA EMPRESA - DEPOSITÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - HABEAS CORPUS - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos Arts. 677 e 678 do CPC. II - Se a efetivação da penhora pressupõe a nomeação de administrador, não é lícito transformar em depositário o gerente da empresa. III - Concede-se Habeas Corpus, para obviar ameaça de prisão de depositário constituído ilicitamente. RHC 8328 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 10.04.2000, p. 67.

Entretanto, a redação do art. 677 do CPC não é muito clara a respeito do momento em que a constrição se efetiva de modo inarredável. Basta observar que o *caput* diz que o *juiz nomeará um depositário* e depois o § 1º informa que - ouvidas as partes - o *juiz decidirá*. Ao que parece, a decisão indicada no § 1º refere-se ao plano de administração apresentado pelo depositário. Aliás, está nesse sentido a lição de Araken de ASSIS³²².

Portanto, basta ao juiz nomear o administrador, comunicando tal ato ao executado, sendo que a nomeação será tida como realizada depois de aprovado o plano de gestão da empresa. A partir daí terá início a penhora de faturamento.

Mas é bom frisar esse ponto: a constrição irá ultimar-se, como visto, apenas depois de aprovado o plano que o administrador apresentar, tendo-se como perfeita no instante em que ele firmar o termo de nomeação que o conduzirá ao exercício de suas atribuições. Desse modo, decidida a forma de administração, o executado será intimado do termo firmado pelo depositário, correndo daí - ou seja, dessa intimação - o prazo para a apresentação de embargos à execução.

Entretanto, há certa casuística que merece ser observada:

- a. quando a penhora é feita nomeando-se para administrador o próprio gestor da empresa;
- b. quando terceiro é nomeado;
- c. quando as partes escolhem o depositário.

Há uma situação diferente em cada uma dessas hipóteses, sendo necessário discorrer sobre cada uma separadamente.

Finalizando, também existe a possibilidade de nomeação de pessoa jurídica para exercer o cargo, cujos efeitos serão vistos abaixo.

³²²"Consistirá na elaboração urgente de hábil plano de administração a primeira tarefa do administrador. O plano se submeterá à aprovação do juiz, ouvidas as partes." (Manual do processo de execução, p. 501).

1.14. A figura do administrador

1.14.1. A nomeação de diretor como administrador judicial

A lei indica que a nomeação do administrador recairá, preferencialmente, sobre a figura de um diretor da sociedade">, Na precisa observação de Pontes de MIRANDA, *Pode bem ser que nomeado depositário seja um dos administradores, ou o administrador, caso em que a função, que objetivamente continua, finalisticamente foi substituída, sem ser substituído o titular. Mudou o fim; não o titular, nem, em si, a função.* ³²⁴

Mas isso não quer dizer que ele esteja obrigado a aceitar esse encargo. E, se não ficar encarregado dessa incumbência, terá de afastar-se da empresa, pois perderá, ao menos temporariamente, as suas atribuições. Observa-se, também, que, se algum pagamento for efetuado ao administrador afastado de suas funções, a quitação terá valor em relação ao terceiro, desde que a nomeação do depositário não tenha ainda sido averbada no Registro das Empresas. Mas a pessoa afastada de suas atribuições, tendo ciência disso, poderá ser acusada da prática de estelionato=, haja vista que a nomeação de um estranho para conduzir a empresa, embora não produza efeitos contra terceiros, já tem eficácia em relação aos partícipes da relação processual.

Nem mesmo a nova redação do art. 14 do CPC, determinada pela Lei n.º 10.358, de 27 de dezembro de 2001, que diz ser dever das partes o cumprimento dos provimentos mandamentais, impõe ao gestor da sociedade a obrigação de aceitar esse *munus*.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a recusa escora-se no art. 5º, inciso II da Constituição de 1988, que consagra o princípio da legalidade: não

³²³BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores."

³²⁴Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo X, p.248.

³²⁵BRASIL, *Código Penal*: "Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa."

havendo lei que obrigue o sócio ou gestor de uma sociedade a exercer o encargo de depositário do próprio estabelecimento, ele precisa apenas declinar a nomeação, não necessitando apresentar outras justificativas='.

Carlos Henrique ABRÃO observa, com bastante acerto, que o fato de o administrador da sociedade não aceitar o encargo não o libera do dever de colaborar com o juízo da execução. Ele afirma: *Frise-se, por oportuno, que a recusa não implica o alheamento do responsável ou o fato de sua não-colaboração à atividade do administrador judicial, eis que qualquer acesso dentro do âmbito da causa será harmonizado com a necessidade de se extrair o substrato encerrado no despacho determinante da constituição''*,

Enfim, conquanto não tenha a obrigação de aceitar o encargo, pois não consta da lei tal ônus, se não justificar adequadamente a recusa, poderá seu comportamento ser interpretado como ato atentatório à dignidade da justiça?". De qualquer modo, se há grande probabilidade de a execução não se efetivar, pois a penhora de faturamento aparece como derradeira tentativa de coação ao patrimônio

326BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - DEPOSITÁRIO - REPRESENTANTE LEGAL - NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA - RECUSA DA NOMEAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 50, li, DA CARTA MAGNA - PRECEDENTES - 1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que, em ação executiva fiscal, deferiu o pedido de constrição em 5%) do faturamento da empresa recorrente, assim como não acatou a recusa de seu representante legal na assunção do encargo de depositário dos bens penhorados. 2. Ambas as Turmas competentes, desta Corte, não vêm admitindo a possibilidade de que a penhora recaia sobre o faturamento ou rendimento da empresa (REsp nO 163549/RS, Relator p/ acórdão Ministro Garcia Vieira, DJ de 14/09/98). 3. Nomeado, compulsoriamente e contra a sua vontade, o representante legal de empresa executada a ser depositário de bens penhorados para garantia do juízo executivo, a jurisprudência desta Corte Superior vem entendendo que é admissível a sua recusa em aceitar tal encargo. A negativa na assunção tem amparo no art 5º, li, da Carta Magna de 1988, ao estatuir que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 4. Recurso provido. RESP 276886 _ SP - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 05.02.2001 - p. 83.

327Carlos Henrique ABRÃO, *Depositário judicial na penhora do faturamento*, p. 10.

328BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. EXECUTIVO FISCAL. PENHORA DO FATURAMENTO DA EMPRESA. ADMINISTRADOR. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. 1. A penhora sobre o faturamento da empresa tem sido admitida, em caráter excepcional, desde que, fixada proporcionalmente, não inviabilize a atividade econômica do empreendimento comercial. 2. A nomeação do sócio-gerente da empresa para exercer o encargo de depositário dos valores penhorados sobre o seu faturamento, além de garantir solução de continuidade na administração dos negócios, está alinhada com as disposições da Lei n.º 8.866/94. 3. Inexiste incompatibilidade no exercício do conjunto de atribuições de sócio administrador do empreendimento e de depositário dos valores penhorados. 4. Ainda que se admita como viável, juridicamente, a recusa do encargo por parte do administrador indicado compulsoriamente e contra a sua vontade para o mister, tal conduta há de ser cabalmente justificada, sob pena de se cancelar atentados contra a ordem do processo executivo e a dignidade da justiça. 5. Petição inicial indeferida liminarmente. HC 28941-SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 04.08.2003, p. 247.

do executado, a aplicação de uma multa, por mais pesada que seja, não irá dissuadir o administrador contratual a sair de sua inércia, nem o demoverá a assumir os encargos como depositário, que, inegavelmente, são maiores e mais graves que uma simples pena pecuniária.

Desse modo, para que a penhora de faturamento aconteça, o credor terá de indicar, ao requerê-la, o administrador que desempenhará esse *munus*, juntando aos autos os estatutos sociais da sociedade executada e atas de eleição da diretoria, quando se tratar de sociedade por ações, ou o contrato social, quando for sociedade empresária e quando pretender que o depositário seja o próprio administrador contratualmente eleito. É necessário constar a qualificação completa da pessoa que o juiz designará para essa função, para que fique vinculada ao processo, assinando o termo de compromisso. Se faltar algum elemento de sua qualificação, poderá haver a regularização no momento da assinatura do termo, tido como a ocasião em que a penhora perfaz-se completamente.

Assim, uma vez nomeado o administrador pelo juiz, será determinada a sua intimação para que apresente o plano que será submetido à apreciação das partes e que terá de ser aprovado pelo juiz, desde que não apresente irregularidades. Dessa intimação, fluirá o prazo de 10 dias para o administrador apresentar a forma de administração e o esquema de pagamentos. Todavia, ao receber o comunicado, prontamente ou no máximo dentro do prazo de 10 dias (art. 677, CPC), a pessoa nomeada poderá declinar o encargo.

Se não apresentar o plano de trabalho, a penhora de faturamento não terá como se efetivar, de modo que o juiz passará a nomear outra pessoa para ocupar a função, podendo socorrer-se nas indicações que o exequente fizer.

Embora haja vozes na doutrina de que o silêncio implica a presunção relativa de aceitação do encargo=", em nosso sentir é indispensável para que a penhora se tenha por efetivada que o administrador submeta o plano de suas atividades às partes e ao órgão julgador. Desse modo, mesmo permanecendo em silêncio, não se pode extrair daí que tenha havido a aceitação do encargo pelo gestor da sociedade, pois a lei processual exige desse auxiliar do juízo um comportamento positivo, um fazer. Afinal de contas, ele precisa apresentar o plano

de administração e esquema de pagamentos, cuja finalidade é a de, além de buscar a satisfação do exequente, garantir respeito à ordem de preferência dos créditos=",

Então, apenas com a manifestação de vontade no sentido de, indubitavelmente, o gestor da empresa aceitar o encargo e com a aprovação, pelo juízo da execução, do plano de administração e esquema de pagamentos que ele apresentar, é que se terá como realizada a constrição. Da da intimação desse ato ao executado, se se tratar de execução fiscal ou da juntada do mandado de intimação cumprido, nas execuções de natureza civil, flui o prazo para os embargos.

Pontes de MIRANDA diz tratar-se de um *curador bonorum*", ao passo que Araken de ASSIS observa a existência de inconvenientes na nomeação do próprio gestor da empresa para o encargo de depositário. Esse último, afirma-que, se dos atos do administrador originou-se a dívida exequenda, esse fato desaconselha a sua nomeação para o encargo, que, se efetuada, caracterizaria um equívoco por parte do órgão julgador-",

Observa-se que a nomeação do próprio administrador para o cargo possibilita a ele a manipulação dos dados, informações e negócios, com a instauração, na empresa, controles paralelos e informais, justamente para esvaziar a finalidade da penhora de faturamento, tornando-a inútil. É possível até mesmo que, efetivada a penhora, sejam paralisadas as atividades do estabelecimento, que

330BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA RENDA DE EMPRESA - ARRECADÇÃO MENSAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - TELEOLOGIA -INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DE CRÉDITOS - ARTS. 677 E 678 DO CPC - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos arts. 677 e 678 do CPC. II - O art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. O sistema consagrado pelo art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. III - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (Decreto-Lei nº7.661/45, art. 1º). IIII - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. IV - Permitir que o Estado se aproprie do faturamento é consentir que o exequente quebre a linha de preferência, fraudando os credores. Bem por isso, o art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz às vezes do síndico na falência. V - A penhora do faturamento (diário ou mensal) funciona como efetiva falência da executada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VI - Agravo Regimental improvido. STJ - AGRAGA 289644 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.02.2003, p. 224.

331Pontesde MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo X, p. 251.

332Arakende ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 501.

ficam desviadas, no entanto, para outra pessoa jurídica indicada pelo administrador, o que desaconselha a sua nomeação.

Não se pode esperar também que o administrador, quando nomeado o próprio administrador constante do contrato ou estatutos da empresa, apresente o chamado plano de administração, embora seja seu dever submetê-lo ao crivo do órgão julgador, sendo de se aguardar a sua mais completa omissão quando houver a entrega da intimação da decisão dando conta de sua nomeação para o cargo de administrador e determinando a apresentação do plano de trabalho. Nessa situação, já foi observado, a penhora de faturamento não terá como ser ultimada, cabendo ao juiz resolver pela nomeação de outra pessoa. Quer dizer, então, que, se o gerente ou diretor da empresa receber uma intimação para exibir um plano de administração no prazo de 10 dias e quedar-se inerte, não terá acontecido penhora alguma, necessitando o órgão judicial buscar a nomeação de outra pessoa, pois, como visto, é da essência do ato a apresentação e aprovação desse plano.

É correto afirmar, entretanto, que dessa intimação poderá o interessado interpor agravo de instrumento, objetivando discutir a penhora de faturamento ou mesmo a sua nomeação, contra a vontade. Mas a constrição não irá se processar sem a aprovação de um plano de trabalho.

Pode ocorrer que.. da simples nomeação do administrador, já se busquem os efeitos da penhora, como se estivesse ultimada, mesmo ignorando se o administrador eleito pelo juízo irá ou não aceitar o encargo. Essa situação poderá - se levada às últimas conseqüências - provocar restrição à liberdade de locomoção do gestor da empresa, na medida em que - determinado no despacho que o nomeou o depósito de percentuais do faturamento em juízo - ele corre o risco de ter a prisão civil decretada. Essas situações, de nomeação compulsória no início do processo e até mesmo sem se dar a oportunidade de manifestação ao executado são muito comuns na prática, evidenciando-se até mesmo pelas decisões do ST^{J333}. Decorrem, ademais, de peculiaridade do processo de execução, que visa a busca

333BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE EXECUÇÃO - PENHORA _ FATURAMENTO DA EMPRESA - I - Diante da existência de bens do devedor capazes de garantir o Juízo e, ainda, de que não houve oportunidade para que a parte os indicasse, insubsistente a penhora sobre faturamento da empresa. 11- Recurso Especial conhecido e provido. RESP 440593 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - DJU 17.02.2003, p. 273 - grifou-se.

de satisfação de uma pretensão resistida, predominando no procedimento os atos executivos, com poucas ou rarefeitas oportunidades de cognição.

Uma saída para esse caso consiste em o administrador recusar-se a exercer o depósito quando da intimação de sua nomeação, devendo o oficial de justiça indicar tal fato na certidão que lançar nos autos, caso em que deixará de efetuar, naquele momento, a penhora de faturamento. Mas nem sempre isso ocorre, pois o executado é pego de chofre, ficando sem saber o que fazer, muitas vezes até não havendo a concessão de oportunidade anterior para manifestar-se sobre o pedido do credor, acerca da coação do faturamento, existindo até situações em que se decreta de ofício essa penhoras". De qualquer maneira, é indispensável dar ao nomeado tempo suficiente para exhibir um plano de administração, sem o que a penhora não irá se aperfeiçoar. Caso ele fique em silêncio, o juiz decidirá pela nomeação de outra pessoa, não podendo admiti-lo para o cargo, mesmo porque em tal situação não se descobrirá como a administração será efetuada para atender aos interesses do exequente, nem o que será feito para garantir a ordem de preferência nos pagamentos dos créditos.

A penhora feita assim, sem obedecer às formalidades impostas pelo legislador (sem a figura do administrador e sem a aprovação de um plano de

³³⁴À guisa de exemplo, confirmam a seguinte decisão, que, sem requerimento expresso do credor, determinou a constrição do faturamento de uma empresa: BRASIL, 6ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo, processo n.º 9805467619 - Fazenda Nacional x Bar e Restaurante Man Juzan Ltda. ME: "Da análise dos autos, verifico que embora conste penhora válida efetivada sobre bens garantidores da execução, observo que não se obteve êxito nos praceamentos havidos, motivo pelo qual entendo necessária a substituição dos bens penhorados por parcela do faturamento mensal da executada. Entendo que a penhora sobre o faturamento da empresa é medida excepcional, sendo possível, apenas e tão somente, quando já não existirem outras a serem tomadas. Considerando a difícil situação financeira pela qual, grande parte das empresas, encontra-se em nosso país, tenho que é necessário utilizar-se da prudência na fixação de percentual mensal do faturamento ... iniciará, portanto, a executada, seus depósitos mensais, tendo por base o módico percentual de 5% de seu faturamento (total das receitas auferidas na venda de mercadorias e/ou prestação de serviços). Deverá ser nomeado para administrador, nos termos da legislação processual, o próprio executado. Para que seja aferido o cumprimento desta decisão, a executada, através de seu representante legal, a quem deverá ser dado o encargo de depositário, deverá, até o quinto dia útil do mês subsequente ao encerramento de cada competência, providenciar o depósito judicial da parcela, junto à CEF, apresentando a este juízo o respectivo comprovante e documentação contábil que permita aferir o faturamento mensal. Deverá ser alertado o depositário de que, caso não cumpra, sem justificativa, esta decisão, poderá ser declarado depositário infiel e, como consequência, ser decretada a prisão civil. Expeça-se o competente mandado de substituição, que deverá ser guarnecido da presente decisão, recomenda-se, ainda, o seu cumprimento com urgência, a fim de que seja assegurada a penhora do faturamento da empresa respeitante a esta competência." Disponível em: <[http://www.j3.gov.br/cgi-](http://www.j3.gov.br/cgi-bin/trf3cn.cgi?Consulta=12&Mosfra=1&Forum=9&NãoFrames=0&Proc=9805467619&Nr)

trabalho e de pagamentos - art. 677, do CPC), ressoante-se de nulidade insanável, notando-se que, mesmo se já houver realizado depósitos dos percentuais indicados na decisão ou ainda que não os tenha feito³³⁵, será possível ao executado sustentar a referida nulidade, pedindo ao juízo da execução que a proclame. Não obstante, ele poderá levar o assunto à superior instância, para que cesse a coação ilegal que decorre da constrição determinada sem a observação dos requisitos mínimos traçados pela leP36.

De qualquer modo, não pode o órgão judiciário transformar, contra a vontade, o administrador eleito no contrato social em depositário judicial, sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em tal circunstância, se ameaçada sua liberdade de locomoção=".

Carlos Henrique ABRÃO afirma que *qualquer possibilidade do representante legal sofrer injusta restrição no direito constitucional de sua liberdade de ir e vir, natural a impetração preventiva de habeas corpus, a fim de que se restabeleça a situação que se coaduna com a recuse"*: A despeito dessa opinião, o cabimento de *habeas corpus* preventivo exige ao menos uma ameaça concreta de constrangimento à liberdade de locomoção=". Conseqüentemente, esse remédio constitucional não será admissível enquanto não houver nos autos uma decisão

335BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA _ FATURAMENTO - EMPRESA - CPC ART. 676 - NULIDADE - No processo executivo fiscal, assim como nas demais execuções é nula a penhora do faturamento da empresa, sem concomitante investidura de administrador especial (CPC, Art. 678). HC - 16811 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.09.2001 - p. 111.

³³⁶ Consiste numa das pouquíssimas hipóteses de uso anômalo do mandado de segurança, ou seja, como meio de impugnação de uma decisão judicial.

337BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUTIVO FISCAL - PENHORA _ FATURAMENTO DA EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR ESPECIAL (CPC, ART. 677) - PRISÃO CIVIL - PENHORA - GERENTE DA EMPRESA - DEPOSITÁRIO - IMPOSSIBILIDADE _ HABEAS CORPUS - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos Arts. 677 e 678 do CPC. II - Se a efetivação da penhora pressupõe a nomeação de administrador, não é lícito transformar em depositário o gerente da empresa. III - Concede-se Habeas Corpus, para obviar ameaça de prisão de depositário constituído ilicitamente. RHC 8328-SP, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 10.04.2000, p. 67.

338Carlos Henrique ABRÃO, *Depositário judicial na penhora do faturamento*, p. 10.

339BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS PREVENTIVO - EXECUÇÃO FISCAL (LEI 6.830/80, ARTS. 1º E 11) - Substituição de Penhora. Faturamento da Empresa Executada (30% - faturamento mensal). CPC, artigos 671 e 672 - Depositário Recurso de Prisão. 1. O receio ou temor de ser preso não pode ser vago, incerto ou presumido. A suposição ou remota possibilidade da prisão não servem de alcatifa à expedição de salvo-conduto preventivo. 2. Recurso sem provimento. RHC 9333-SP, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 28.08.2000, p. 62.

judicial decretando a prisão do administrador ou, pelo menos, ameaçando-o efetivamente com a possibilidade de prisão civil. Não basta, pois, consignar a decisão judicial que ordenar a exibição do bem ou coisa, que o depositário esteja sujeito às penas da lei ³⁴⁰: será preciso constar claramente do ato a indicação de possível prisão para o caso de descumprimento da ordem.

A prisão civil também não poderá ser decretada se a penhora não estiver completamente regularizada nos autos. A falta de nomeação do administrador é um dos exemplos mais frequentes, sendo rechaçados os decretos prisionais mediante *habeas corpus*". Então, é possível lançar mão do remédio heróico toda vez que houver ameaça à liberdade de locomoção decorrente de penhora que não obedeça ao figurino legal, ou seja, se não existir plano de administração aprovado pelo juízo da execução ou o termo de nomeação não estiver assinado pelo novo gestor do empreendimento ou pelo administrador que, prosseguindo como titular na função designada nos estatutos ou no contrato social, tem outros objetivos a cumprir. '

Tem-se notícia também da utilização de medida cautelar inominada incidental para invalidar esse tipo de constrição>", Mas, no caso observado,

34°BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - FIEL DEPOSITÁRIO - EXPEDIÇÃO DE MANDADO JUDICIAL PARA ENTREGA DOS BENS OU DEPÓSITO DO RESPECTIVO VALOR - NÃO-MENÇÃO À PENA DE PRISÃO - AUSÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DO PACIENTE - ORDEM DENEGADA - A consignação, no mandado judicial, da expressão "sob pena de lei" não conduz à presunção de iminência da expedição do decreto de prisão do depositário, mormente se esta foi expressamente afastada em segunda instância. HC 1000.076090-9 - Mundo Novo - 1ª T.Crim. - Rel. Des. Rui Garcia Dias - J. 08.08.2000, Juris Síntese Millennium, nov dez 2001, ementa n.º 2012024.

No mesmo repositório, a ementa n.º 17007019: HABEAS CORPUS PREVENTIVO - BUSCA E APREENSÃO CONVOLADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO - PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL-AMEAÇA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA - Habeas Corpus Preventivo. Salvo conduto. Ameaça de prisão civil. Alienação fiduciária. Inocorrência. Ordem denegada. Julgando procedente ação de busca e apreensão, convolada em ação de depósito, não ameaça de prisão o devedor o Magistrado que, na sentença, faz inserir genericamente a cláusula "na forma da lei", de conteúdo eminentemente procedimental. Ordem denegada. TJRJ - HC 1349/97 - (Reg. 100298) - Cód. 97.059.01349 - RJ - 1ª C.Crim. - Rel. Des. Paulo L. Ventura - J. 25.11.1997.

341BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUTIVO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA ADMINISTRADOR ESPECIAL - PRISÃO CIVIL - PENHORA ILEGAL - HABEAS CORPUS - Na efetivação da penhora, necessária é a nomeação de administrador. Concede-se habeas corpus para evitar prisão de depositária constituída ilegalmente. RHC 10230 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 11.06.2001 - p. 96.

342BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU - EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - IMINÊNCIA DE PRISÃO CIVIL - 1. Medida Cautelar intentada no intuito de atribuir efeito suspensivo a recurso ordinário em habeas corpus a ser interposto, para fins de garantir ao requerente não ser compelido à ordem de prisão em face do não cumprimento de ordem judicial objetivando a penhora sobre o faturamento da empresa em que é

constatou-se que houve antes a impetração de ordem de *habeas corpus* diretamente na 2ª instância, por se tratar de coação praticada pelo órgão judicial de 1º grau, sendo a medida apresentada apenas para viabilizar o efeito suspensivo à decisão que indeferiu a ordem, para, assim, a parte poder ingressar com o recurso ordinário cabível (art. 105, inciso II, alínea "a" da CF/88).

Depois de assumido o encargo pelo administrador, não havendo dúvida acerca de sua nomeação, pois já apresentado e aprovado o plano de administração e, assinado o termo pelo depositário, a ameaça de prisão civil torna-se legítima, conforme reconheceu o Superior Tribunal de Justiça mediante acórdão proferido pela 3ª Turma, pois o depositário não poderá esquivar-se das obrigações que assumiu perante o Estado?".

Essa situação, entretanto, merece um reparo: não se admite mais a chamada prisão administrativa, sendo exemplo de não recepção pela Carta Política de 1988 de inúmeros dispositivos da Lei de Falências que previam essa figura?". O Superior Tribunal de Justiça tem sido portador dessas decisões, destacando-se: HC

sócio. 2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares inaudita altera pars) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. 3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 4. Em casos que tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. 5. Há, em favor do requerente, a fumaça do bom direito (decisões mais recentes desta Corte no sentido de não ser possível a penhora sobre o faturamento de empresa) e é evidente o perigo da demora (a imediata execução do decisum a quo, determinando-se a penhora na empresa supra, com prejuízos incalculáveis à mesma, e/ou a possível prisão do requerente, sócio da empresa atingida). 6. Tais elementos, por si só, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito. 7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas relações jurídicas de direito público. 8. Agravo regimental prejudicado. Medida Cautelar procedente. MC 2602 _ RJ _ 1a T. _ Rel. Min. José Delgado - DJU 16.10.2000 - p. 284.

343BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO INFIEL - PENHORA - PERCENTUAL SOBRE FATURAMENTO DE EMPRESA - Desde que fixada proporcionalmente e não se inviabilize a atividade econômica da empresa, tem se admitido, em caráter excepcional, a penhora sobre faturamento da empresa. Aceitando o encargo de depositário judicial, assume o devedor responsabilidade pessoal com o Estado que deve ser cumprido, não havendo constrangimento ilegal na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil. Recurso a que se nega provimento. AGRHC - 17528 - SP _ 3a T. - Relª Mina Nancy Andriighi - DJU 08.10.2001 - p. 209.

22779-PR, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU 16.12.2002³⁴⁵; HC 15046-CE, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJU 18.02.2002, p. 502³⁴⁶. Há, é certo, alguns pronunciamentos em sentido contrário?", mas preponderam os que sinalizam a impossibilidade atual da prisão de caráter administrativo.

Havia, ao lado da previsão legal para destituição do síndico, três casos em que ele podia, no regime anterior ao da Constituição de 1988, sofrer a prisão administrativa. Eram eles:

- a. o art. 63, inciso XXII, do Decreto-lei n.º 7.661, de 1945, que previa a prisão por até 60 dias do síndico que não entregasse ao seu substituto ou ao devedor, todos os bens da massa em seu poder, livros e assentos da sua administração;
- b. o art. 69, § 5º, do mesmo diploma, que tratava da prisão do síndico que deixasse de entrar, dentro de 48 horas, com qualquer alcance em relação aos atos de sua administração;

344BRASIL. *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: art. 14, inciso VI; art. 35, parágrafo único; art. 37; art. 60, § 1º; e art. 193. Apesar disso, o Projeto n.º 4.376, de 1993, aboliu essa figura, prevendo em seu texto apenas a possibilidade de prisão preventiva, quando baseada em requerimento fundado em provas que demonstrem a prática de crime falimentar ("Art. 89. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: (...) VII - determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do devedor ou dos representantes da empresa falida, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime definido nesta Lei;").

345BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL E COMERCIAL - HABEAS CORPUS - FALÊNCIA - PRISÃO ADMINISTRATIVA - A prisão administrativa prevista no art. 35 da Lei de Falências não subsiste, porque em desacordo com os incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal. - Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. HC 22779 - PR - 3ª T. - Relª Min. Nancy Andrighi - DJU 16.12.2002, p. 307.

346BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL - HABEAS-CORPUS - LEI DE FALÊNCIA - PRISÃO ADMINISTRATIVA - IMPOSSIBILIDADE - Em face da nova ordem constitucional, que restringiu a prisão civil às exclusivas hipóteses de depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (CF, art. 50, LXVII), restou abolida a prisão administrativa prevista no art. 35, da Lei de Falências - Habeas-corpus concedido. HC 15046 - CE - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - DJU 18.02.2002 - p. 502.

347BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. FALÊNCIA - PRISÃO ADMINISTRATIVA - ORDEM - FUNDAMENTAÇÃO (NECESSIDADE) - Por ordem do juiz, pode o falido ser preso, faltando ao cumprimento dos deveres que lhe são impostos por lei. Impõe-se, no entanto, que a ordem da autoridade judiciária esteja fundamentada. Conforme o RHC 3.040, "desde que o decreto esteja fundamentado e tenha sido expedido por autoridade judiciária" (DJ de 28.2.94). Caso em que se não fundamentou o despacho que decretou a prisão. Recurso ordinário em habeas corpus provido. RHC 9116 - (199900872240) - SP - 3ª T. - Rel. Min. Nilson Naves - DJU 08.05.2000 - p. 87.

c. e, finalmente, o art. 69, § 7º, da Lei de Falências, que autorizava o juiz a decretar a prisão de até 60 dias em relação ao síndico revel, que não prestasse contas de sua administração.

Ora, se as decisões se orientam no rumo de não admitir mais a prisão administrativa contra o falido, com os mesmos argumentos pode ser rechaçado um decreto prisional contra o síndico. Também o Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, não cogita nenhuma previsão quanto à possibilidade de prisão do administrador judicial, no caso de implantar-se a recuperação da empresa ou mesmo quando se tratar de falência, havendo apenas um dispositivo que autoriza a prisão preventiva do devedor ou dos representantes da empresa falida, que tem nítido caráter penal e não se assemelha à pena administrativa, sendo requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de algum crime, que será definido no próprio projeto, ainda em fase de discussão nas casas legislativas.

Não obstante esses argumentos, a Lei de Falências previa taxativamente algumas hipóteses que possibilitavam ao juiz exercer esse tipo de coação, o que não existe em relação ao administrador. Embora as atividades deste guardem bastante semelhança com as exercidas pelos síndicos nas falências, não se pode decretar a prisão de quem quer que seja se utilizando de uma interpretação calcada na analogia.

De mais a mais, a pena aplicada ao depositário infiel é pela não restituição da coisa, conforme estabelecia o Código Civil de 1916 (art. 1287) e o Código Civil atual (art. 652). Reforça essa idéia o art. 904, parágrafo único, do CPC, ao prever que a prisão será decretada somente se não houver a restituição da coisa ou do equivalente em dinheiro?".

348BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - PRISÃO CIVIL - LEGITIMIDADE - SÚMULA 619/STF - PEDIDO INDEFERIDO - O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução. O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial ex voluntate propria e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza a situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma a possibilidade de decretação, no âmbito do processo executório, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, independentemente da propositura da ação de depósito. A prisão civil, embora medida privativa de liberdade de locomoção física do depositário infiel, não tem conotação penal, pois a sua única finalidade consiste em compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar. O instituto da prisão civil - por revestir-se de finalidade jurídica específica - não ostenta o caráter de pena, eis que a sua imposição não pressupõe, necessariamente, a prática de ilícito penal. Precedentes. É impertinente a invocação, tratando-se de prisão civil, do princípio constitucional que consagra, no processo penal de condenação, a presunção juris tantum de não-culpabilidade dos acusados. A prisão civil do

O administrador será intimado a restituir o estabelecimento cuja posse lhe fora deferida por ato judicial. Se não o fizer, será possível falar em decreto de prisão. Isso quer dizer que, no exercício de suas atividades, ele tem a obrigação de prestar contas das quantias que ficam sob sua administração, mas não é obrigado a depositar um percentual mensal todo mês em conta à ordem do juízo da execução, pois precisa obedecer, em primeiro lugar, ao plano ou esquema de pagamentos. Apenas se remanescerem recursos em seu poder e se o administrador não os entregar ao juízo da execução, depois de pagas as obrigações ou encargos destinados à manutenção do estabelecimento, poder-se-á falar em prisão.

Com a devida vênia, acham-se bastante equivocados alguns julgados que admitem a prisão sustentando que o administrador tinha conhecimento, quando de sua nomeação, da obrigação de depositar determinada quantia?". Isso porque, ainda que apresentado um plano de administração e pagamento, tal situação força, à toda evidência, a quebra da ordem de pagamentos, de maneira que o depositário, para esquivar-se de qualquer risco de constrangimento da liberdade de locomoção, acaba por não honrar créditos que gozam até mesmo de preferência legal no pagamento.

Além disso, se o administrador for destituído no curso do processo, ele perderá incontinentemente a posse e a administração do estabelecimento, de modo que nem terá como ser compelido a entregar qualquer coisa ou bem ao seu sucessor, pois este último será investido no mesmo ato em suas funções, substituindo-o.

Salvo a hipótese de o primeiro (o administrador) levar consigo valores ou coisas pertencentes à empresa atingida pela constrição, uma das únicas em que é cabível a prisão legítima (além daquela já afirmada, em que o administrador não se

depositário judicial, que é decretada no processo de execução, reveste-se de legitimidade plena, quando se enseja àquele que a sofre a possibilidade de justificar o desvio dos bens penhorados ou de contestar as alegações de infidelidade depositária. HC 71.038-7 - MG - 1ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 13.05.1994.

349BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. DEPÓSITO JUDICIAL. EXECUÇÃO. PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA. DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO. PRISÃO CIVIL. CABIMENTO. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. AGRAVO DESPROVIDO. - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, havendo a penhora sobre o faturamento da empresa, e aceitando a depositária o encargo de depositar em juízo o valor correspondente, não há constrangimento ilegal "na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil. HC 20932-SP, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 16/09/2003, p. 187.

No mesmo sentido: BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*: RHC 12555-MG, 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 02/09/2002, p. 190.

arreda de suas atividades quando ordenado a tanto, forçando o juiz a impor-lhe uma sanção mais enérgica para restituir o estabelecimento), não haverá, então, como admitir esse tipo de sanção.

Um outro argumento que afasta a possibilidade de constrangimento da liberdade de ir e vir do administrador, quando não efetua os depósitos das importâncias ou percentuais fixados no plano de administração, está no fato de não receber ele um cheque em branco para cometer ilegalidades sob o pretexto de fazer isso para cumprir uma ordem judicial: ele deve respeitar a ordem de preferência dos pagamentos, honrando, em primeiro lugar, as despesas com a manutenção do próprio estabelecimentos"; vindo, logo em seguida, os créditos trabalhistas em aberto, depois os fiscais e assim por diante.

Explica-se melhor o assunto: como administrador, o depositário tem de zelar pela guarda e conservação da coisa, não sendo admissível que deixe de honrar compromissos e obrigações que surgem em razão das próprias atividades exercidas no estabelecimento. Afinal de contas, o Poder Judiciário não pode funcionar como um órgão multiplicador de demandas, ordenando que, para se cumprir uma obrigação e satisfazer determinado credor, inúmeras outras tenham que deixar de ser honradas, fazendo surgir litígios onde antes não havia nenhum ou multiplicando de um, em termos exponenciais, inúmeros outros tantos.

A obrigação do administrador em relação aos depósitos mensais cinge-se a entregar ao juiz da execução aquilo que sobrar em suas mãos, depois de cumpridas todas as obrigações que a empresa assumiu e provisionando os pagamentos dos tributos que recaírem sobre as atividades, além da folha de salários e encargos, pois, deixando de pagar qualquer uma dessas obrigações, seja de que natureza for, esse comportamento fará surgir nova pretensão que poderá perpetuar até mesmo a penhora do próprio estabelecimento.

Mas a casuística faz observar que, se a execução versar sobre crédito que se situar em ordem de preferência melhor que outro crédito em aberto, aí será feito o depósito ao juízo da execução.

³⁵ Nesse contexto, situam-se todas as despesas com o estabelecimento, abrangendo as tarifas de água, luz, telefone, aluguéis, salários, tributos incidentes sobre as operações praticadas e até mesmo fornecedores pelos créditos dos produtos e serviços entregues ou prestados após a efetivação da penhora de faturamento.

Instaura-se, como asseverou o Ministro Humberto Gomes de Barros, uma *falência disfarçada*, em que o administrador passa a arrecadar os créditos, destinando-os à satisfação das dívidas, não sendo permitido que o exequente quebre a linha de preferência fraudando os credores por salários, por exemplo, ou por tributos>', Não se trata de falência propriamente dita, pois os requisitos para sua instauração são bastante distintos dos previstos na lei concursal, não se podendo ampliar a incidência desse instituto às execuções instauradas contra devedores solventes. E o administrador não se limita a arrecadar créditos, como na falência, em que, via de regra, as atividades da empresa são encerradas: ele deve agir de modo a preservar o empreendimento, mantendo-o em funcionamento, de sorte que terá de fazer despesas, adquirir produtos e mercadorias, contratar serviços, pagar salários, aluguéis, tributos e outros encargos.

Eis, então, uma das diferenças básicas entre a falência atualmente regulada pelo Decreto-lei n.º 7.661, de 1945, e o instituto da penhora de faturamento: naquela, a atividade do administrador visa a liquidação do estabelecimento; nesta, ela se volta precipuamente à preservação da empresa. Nem mesmo no projeto em discussão no Congresso Nacional?", que trata da recuperação da empresa,

351BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA RENDA DE EMPRESA - ARRECADAÇÃO MENSAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - TELEOLOGIA - INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DE CRÉDITOS - ARTS. 677 E 678 DO CPC - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos arts. 677 e 678 do CPC. II - O art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. O sistema consagrado pelo art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. III - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (Decreto-Lei nº7.661/45, art. 1º). IIII - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. IV - Permitir que o Estado se aproprie do faturamento é consentir que o exequente quebre a linha de preferência, fraudando os credores. Bem por isso, o art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz às vezes do síndico na falência. V - A penhora do faturamento (diário ou mensal) funciona como efetiva falência da executada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VI - Agravo Regimental improvido. AGRAGA 289644 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.02.2003, p. 224.

No mesmo sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AGRESP 263908-SP, 1ª T., Relator Ministro Humberto Gomes de Barros - DJU de 25/11/2002, p. 189; RESP 442421-SP, 1ª T., Relator Ministro Humberto Gomes de Barros - DJU de 11/11/2002, p. 161, RDDT, val. 89, p. 230 e RST J, vol. 164, p. 164.

352BRASIL, *Projeto de Lei n.º 4.376*, de 1993, aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal para votação.

abolindo a figura da concordata tal como concebida pelo Decreto-lei n.º 7.661, de 1945, que será substituída pelo Comitê de Recuperação, a penhora de faturamento guarda alguma semelhança com esse novo instituto que figurará no lugar do conhecido processo de concordata: naquela, o que se quer é a satisfação de um único exequente (ou, quando muito, de apenas alguns, pois o CPC não veda a possibilidade de cumulação de execuções, subjetiva e objetivamente falando), ao passo que, na recuperação, o fim colimado consistirá na satisfação de todos, formando-se um verdadeiro concurso cujo escopo não será só o pagamento, mas, acima de tudo, a manutenção da empresa.

Também se constata que a própria jurisprudência, que se acha consolidada junto ao Superior Tribunal de Justiça em relação à prisão do depositário que perde a administração dos bens penhorados para o síndico³⁵, quando abre-se a falência, liberando-o de seus encargos e afastando a possibilidade de prisão civil, pode ser invocada pelo administrador da penhora de faturamento que, uma vez destituído, perde o cargo para outra pessoa, e, em tal situação, não pode mais ficar obrigado a restituir nada a ninguém.

Convém deixar claro, todavia, que há jurisprudência que reconhece como justa a ameaça de prisão em relação ao depositário que, nomeado, firmou o termo de penhora e não restituiu o bem ou seu equivalente em dinheiro, quando se trata de penhora de faturamento³⁶. E, como já foi asseverado, também tem sido admitida a prisão de quem aceita o encargo e responsabiliza-se pelo recolhimento do

353BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - DEVEDOR DEPOSITÁRIO - FALÊNCIA - BENS ARRECADADOS PELO SÍNDICO - PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO - 1. Embora o nosso ordenamento jurídico admita a prisão civil do depositário infiel, ela não pode se concretizar quando por motivo de falência, os bens penhorados foram arrecadados pelo Síndico, que passa, assim, a ter a posse e administração dos mesmos. 2. Recurso Especial desprovido. RESP 241896 - (199901140935) - SP - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 02.05.2000 - p. 116.

364BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - DEPOSITÁRIO INFIEL - BEM FUNGÍVEL - AMEAÇA DE PRISÃO - I - Inviável a revisão de decisão proferida em primeira instância em ação de depósito, já transitada em julgado, pela via estreita do habeas corpus. II - É entendimento do STJ, de que, ainda que se trate de depósito de coisa fungível (depósito irregular), é cabível a prisão do depositário infiel (AGA 196654/MG). III - Comprovado por documentação trazida aos autos pelo Ministério Público que o paciente assinou o termo de nomeação de fiel depositário e os certificados de depósito, não se apresenta injusta a ameaça de prisão em face da não-devolução do bem ou do seu equivalente em dinheiro. IV - Ordem de habeas corpus denegada. Liminar revogada. HC 01000680510 - MT - 3ª T. - Rel. Juiz Candido Ribeiro - DJU 04.02.2000 - p. 231.

depósito em juízo de um percentual sobre o movimento da empresa?", embora seja possível concluir que, nesse caso, a penhora é nula por não observar os requisitos essenciais para sua configuração: a) a nomeação de administrador; b) a apresentação e aprovação do plano de trabalho e de pagamentos.

Após a promulgação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 14 do CPC, a recusa do administrador judicial nomeado em cumprir adequadamente o encargo para o qual for eleito poderá configurar em ato atentatório ao exercício da jurisdição, caso em que poderá ser responsabilizado pelo pagamento de multa, independentemente da cominação de outras sanções civis ou até mesmo criminais". Essa situação, entretanto, é bem diferente de se pretender atribuir - *manu militari* - a ocupação do cargo a um administrador da empresa. Pois, como já se observou, o interessado não tem o dever de investir-se nesse cargo?": mas, uma vez nele, obriga-se conforme a lei, a não ser que a constrição padeça de nulidade.

355BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL. FATURAMENTO DE EMPRESA. PENHORA. - A depositária que aceita o encargo e responsabiliza-se pelo recolhimento do depósito, em juízo, do valor equivalente ao percentual sobre o faturamento da empresa penhorado deve efetuar-lo, não havendo constrangimento ilegal na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil. HC 17528-SP, 3ª T., Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU de 04/03/2002, p. 253.

356O executado é obrigado a indicar onde podem ser encontrados os bens penhorados, conforme estabelece o art. 600, inciso IV, do CPC. A recusa ou omissão poderá configurar crime de desobediência. Mas a não aceitação do cargo de administrador judicial na penhora de faturamento não leva ao mesmo efeito, pois não há lei obrigando o representante legal do executado a tanto.

357BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO PENAL - DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. 1. Não justifica a qualificação de depositário infiel, àquele que não assinou auto de penhora como guardião dos bens constritos. 2. Simples recusa de "funcionar como depositário" não justifica a imposição compulsória do munus. 3. Penhora de faturamento que se apresenta defeituosa, por falta de nomeação de administrador. 4. Recurso de habeas corpus provido. RHC 14647-SP, 2ª T., Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU de 01/09/2003, p. 241.

No mesmo sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - IMPOSIÇÃO DE ENCARGO DE DEPÓSITO JUDICIAL - INVIABILIDADE - CF, ART. 5º, III - PENHORA - PERCENTUAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA - INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS - CPC, ARTIGOS 678, § ÚNICO, 719, 720 E 728 DO CPC - ILEGALIDADE DA CONSTRIÇÃO - PRECEDENTES - O sócio da empresa devedora não está obrigado a aceitar o encargo de depósito judicial, em face do disposto no art. 5º, II da CF/88. A jurisprudência admite a penhora, em dinheiro, do faturamento mensal da empresa executada em casos excepcionais, desde que cumpridas as formalidades ditadas pela Lei Processual Civil, como a nomeação de administrador, apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento. Desrespeitadas as formalidades legais, não há que se falar em depositário, nem em prisão civil pelo respectivo descumprimento. Recurso em Habeas corpus provido. RHC . 11901 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 15.04.2002, p. 187.

Embora se afirme que a penhora será possível em relação ao depositário que assume regularmente o encargo e passa a ter a posse do estabelecimento, o decreto de prisão surgirá em relação a qual conduta dele? Se está obrigado a restituir o estabelecimento, pois a penhora de faturamento acaba por constrangê-lo nas mãos do administrador, como ele terá de proceder para desvincular-se do encargo? Será entregando as chaves? Ou a prisão será possível caso ele simplesmente deixe de efetuar os depósitos à ordem do juízo?

Além dessas situações, já bastante intrincadas, é bem possível que o administrador abandone seu posto, indo, por exemplo, entregar as chaves do estabelecimento nos autos do processo de execução em que fora nomeado. Quais seriam, em tal hipótese, as suas responsabilidades? Teria de prestar contas de seus atos, sob pena de prisão? E quais seriam as do credor, pois, afinal de contas, a execução processa-se no seu interesse exclusivo?"?

Essas situações se apresentam bastante complexas e merecem ser analisadas em capítulos próprios, que versarão sobre o uso do *habeas corpus*" na penhora de faturamento e sobre as responsabilidades do administrador e do exeqüentes".

Vale frisar que a prisão do administrador não pode ser decretada como meio a coagi-lo ao pagamento do débito exigido na execução, servindo tão-somente para constrangê-lo a remediar a situação de infidelidade, com a restituição do estabelecimento a quem de direito.

1.14.2. A convenção das partes sobre o administrador

Uma outra hipótese vislumbrada em relação à figura do administrador na penhora de faturamento é a que possibilita às partes a celebração de convenção

358BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (artigo 751, 111), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados."

359Ver capítulo 2.6. Outros meios de impugnação, item 2.6.3. O habeas corpus.

360Capítulo 1.19. Aspectos relacionados à responsabilidade civil na penhora de faturamento, itens 1.19.1. A responsabilidade civil do administrador e 1.19.2. Aspectos da responsabilidade civil e ônus processuais do exeqüente.

quanto à forma de administração, caso em que também poderão escolher o depositário (art. 677, § 2º, CPC).

Existindo convenção, *é preciso que o juiz homologue a Inêiceçêc''*,

Também nesta situação, a penhora será ultimada no momento em que o administrador assinar o termo, que, conforme já se afirmou, somente será lavrado depois de aprovado e homologado o plano de gestão do estabelecimento, mediante decisão fundamentada. A diferença que há reside no fato de as partes submeterem ao juiz o plano de administração, cabendo à autoridade judiciária, quando não houver ilegalidade aparente, homologá-lo por decisão fundamentada, ainda que de modo conciso.

Mas essa hipótese é de difícil ocorrência, mesmo porque o executado certamente irá criar todo tipo de dificuldade a uma administração que possa dar-se sem atritos com os interesses do exeqüente.

Embora a hipótese conste da lei, a sua ocorrência deve ser apurada pelo juízo da execução com redobrado cuidado, para que não haja a homologação de um comportamento que possa revelar até um possível conluio entre as partes, na tentativa de ocultar a quebra da ordem de preferência nos pagamentos ou mesmo a fraude, com a simulação de uma execução com a penhora de faturamento para obstar outras coações semelhantes, que poderiam beneficiar outros credores. Para tanto, terá de verificar o plano ou esquema de pagamentos, pois será através dele que irá obrigar o administrador a respeitar a ordem de preferência imposta pela lei, além de atentar para outras peculiaridades do caso concreto.

1.14.3. A nomeação de terceiro como administrador

A situação que se apresenta como a mais comum na penhora de faturamento - pois será mais fácil ao diretor ou gestor da sociedade recusar-se a exercer o depósito ou criar embaraços para isso, e, se ficar em silêncio e não apresentar um plano de administração e de pagamentos, não poderá exercer o *munus* - é a de nomeação de terceiro como administrador.

Mesmo nos casos em que houver a nomeação do próprio gerente ou diretor para o exercício desse *munus*, quedando-se inerte, não vindo para os autos o plano de administração e esquema de pagamentos, o juiz terá de buscar noutra pessoa o exercício dessa tarefa bastante espinhosa.

Araken de ASSIS afirma que a *escolha do órgão judiciário há de recair em pessoa ilibada, de notória experiência no ramo de negócio da empresa e, principalmente, disponível. Nenhuma dúvida ou sombra, por írrita que seja, se mostra aceitável em torno desses predicedos*"

Some-se a esses argumentos, que o administrador não pode ser escolhido entre pessoas que estejam condenadas à pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação³⁶². A propósito, o depositário declarará expressamente, sob a sua responsabilidade pessoal, o desimpedimento para o exercício do cargo judicial, à semelhança do que fazem os administradores contratualmente-eleitos ou nomeados.

O que importa notar, em resumo, é que haja a nomeação de uma pessoa para exercer esse *munus*, seja *de dentro* ou *de fora da empresa*, sob pena de a penhora não se aperfeiçoar³⁶³.

³⁶²Manual do processo de execução, p. 501.

³⁶³BRASIL, Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2001): "Art. 1011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. § 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. § 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato."

³⁶⁴Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - A penhora só pode recair em parte do faturamento da empresa devedora havendo nomeação de um administrador, como determina o artigo 677 do CPC. Recurso improvido. RESP 246821 - (200000081310) - SP -1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 02.05.2000 - p. 121.

BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - CONSUMAÇÃO - NOMEAÇÃO DE DEPOSITÁRIO ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - Possível a constrição sobre 30% do faturamento mensal da

Ocorre que, nomeado um terceiro, o afastamento do administrador (ou administradores indicados no contrato social ou estatutos) fará com que cessem os pagamentos a ele feitos a título de pro-labore, sendo possível, ante a atual legislação, tentar uma equiparação ao falido, que tem o direito de perceber uma remuneração compatível com as possibilidades da massa, embora possa ser suprimido a qualquer momento, sendo o benefício mantido desde que coopere, seja diligente e não crie embaraços à administração da falência?".

O mesmo não se dá, entretanto, com a figura do terceiro nomeado depositário, que terá direito a uma remuneração pelo exercício da função de administrador, cujo pagamento será suportado antecipadamente pelo exeqüente, conforme prevê o art. 20, parágrafo 2º, do CPC³⁶⁶. Obviamente, ignorando-se o tempo que durará a constrição, o administrador poderá estimar seus honorários em

executada, todavia, se faz necessária a nomeação de depositário para proceder a forma de sua administração nos termos do artigo 678 do Código de Processo Civil. AI 662.536-00/9 - 11a C. - Rel. Juiz Melo Bueno - DOESP 22.06.2001.

365BRASL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 38. O falido que for diligente no cumprimento dos seus deveres, pode requerer ao juiz, se a massa comportar, que lhe arbitre módica remuneração, ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público. Parágrafo único. A requerimento do síndico ou de qualquer credor que alegue causa justa, ou de ofício, o juiz pode suprimir a remuneração arbitrada, que, de qualquer modo, cessa com o início da liquidação. " Vale notar que o Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, não mantém esse benefício.

366BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - PENHORA SOBRE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL E AGRÍCOLA - ADIANTAMENTO DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADOR NOMEADO PELO JUIZ ÔNUS DO EXEQÜENTE - ARTIGOS 19, PARÁGRAFO 2º, 20, PARÁGRAFO 2º, E 598, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO CONHECIDO - 1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula do STF, Enunciado nº 284). 2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado nº 07). 3. O artigo 677 do Código de Processo Civil proclama que, recaindo a penhora em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, deve o juiz nomear um "depositário", determinando-lhe que apresente em dez dias a forma de administração. 4. A Lei, ela mesma, dispõe que, em determinados casos, não basta ao auxiliar da justiça guardar ou conservar os bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados (artigo 148 do Código de Processo Civil), sendo-lhe exigido, ainda, função outra, ativa, tendente à manutenção da atividade e da produção do estabelecimento. Daí porque, em boa verdade, embora o Código de Processo Civil, no artigo 677, mencione "depositário", a hipótese, é certo, prevê a nomeação de administrador. 5. Em contraprestação dos serviços, o artigo 149 do Código de Processo Civil determina ao magistrado que, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução, seja o administrador remunerado pelo trabalho. 6. A atividade desempenhada pelo administrador nomeado pelo magistrado para gerir o estabelecimento penhorado, a par de economicamente conveniente, reveste-se de inequívoca necessidade técnica, peculiar a seu ofício, à sua profissão ou, até mesmo, à ciência da administração, subsumindo-se, em consequência, nas despesas a que alude o artigo 20, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. 7. Sendo o administrador do estabelecimento, como é, assistente técnico nomeado pelo juiz, compete ao exeqüente, à luz do que enunciam os artigos 598 e 19, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, o adiantamento de sua remuneração. 8. Recurso conhecido para restabelecer a decisão de primeiro grau. RESP 346939 - MG - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU 25.02.2002, p. 467.

períodos mensais, sendo que o exeqüente terá de efetuar os depósitos antes de se iniciar cada mês, salvo se for conveniente pagar tudo de uma vez, antecipadamente, o que parece difícil de se verificar na prática.

E o juiz, na fixação da remuneração, observará o disposto no art. 149, do CPC³⁶⁷, seja para estabelecer os honorários do administrador ou, então, para definir e autorizar a nomeação de prepostos, que também desempenharão as atividades mediante paga, ficando entretanto subordinados ao administrador. A remuneração dos auxiliares ou prepostos será também adiantada mensalmente pelo exeqüente.

1.14.4. A nomeação de pessoa jurídica para o cargo

Exeqüente, executado ou mesmo terceiro, pode acontecer de o encargo da administração recair sobre pessoa jurídica, não sendo observado nenhum impedimento a essa situação.

Nessa hipótese, será designada a pessoa física que terá poderes para agir em nome da que for nomeada, atuando, na verdade, como seu representante para todo e qualquer fim, pesando sobre ela, inclusive, os ônus decorrentes da infidelidade na guarda e conservação da coisa.

Aliás, no caso de falência, a figura do síndico pode pesar sobre pessoa jurídica, dando a lei uma solução para esse problema ao estabelecer que o representante legal do credor respectivo exercerá essa função.?"

³⁶⁷BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 149. O depositário ou administrador perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução. Parágrafo único. O juiz poderá nomear, por indicação do depositário ou do administrador, um ou mais prepostos."

³⁶⁸BRASIL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 60. O síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residentes ou domiciliados no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira. § 1º. Não constando dos autos a relação dos credores, o juiz mandará intimar pessoalmente o devedor, se estiver presente, para apresentá-la em cartório dentro de duas horas, sob pena de prisão até trinta dias. § 2º. Se credores, sucessivamente nomeados, não aceitarem o cargo, o juiz, após a terceira recusa, poderá nomear pessoa estranha, idônea de boa fama, de preferência comerciante. § 3º. Não pode servir de síndico: I - o que tiver parentesco ou afinidade até o terceiro grau com o falido ou com os representantes da sociedade falida, ou deles for amigo, inimigo ou dependente; II - o cessionário de créditos, que o for desde três meses antes de requerida a falência; III - o que, tendo exercido cargo de síndico em outra falência, ou de comissário em concordata preventiva, for destituído, ou deixou de prestar contas dentro dos prazos legais, ou havendo-as prestado, as teve julgadas más; IV - o que já houver sido nomeado pelo mesmo juiz síndico de outra falência há menos de um ano, sendo, em ambos os casos, pessoa estranha à falência; V - o que, há menos de seis meses, recusou igual cargo em falência de que era credor. § 4º.

1.14.5. A prestação de caução

Embora o Código de Processo Civil não trate especificamente da prestação de caução em relação à penhora de faturamento?", essa medida pode ser adotada quando se fala nesse tipo de constrição.

Tendo em vista que esse tipo de penhora pode acarretar prejuízos irreversíveis ao executado, o estudo dessa medida é compatível com a penhora aqui estudada.

Havendo receio de o executado sofrer prejuízos irreparáveis, podendo mesmo acontecer de a penhora colocar em risco de extinção a empresa, o que se nos afigura sempre uma situação presumível dada a excepcionalidade da medida que provoca o afastamento dos gestores eleitos no contrato ou estatutos sociais, e, sendo a penhora de faturamento equiparável ao usufruto, o devedor poderá invocar a lei civil para cobrar essa garantia.

Como a penhora de faturamento consiste na constrição do estabelecimento, sendo capaz, depois de resolvidos os embargos acaso opostos, de continuar a produzir efeitos como usufruto de empresa, observa-se, entretanto, que, quanto ao usufruto, há regra específica, no Código Civil atual e que repete o mesmo dispositivo do Código revogado (art. 729), que exige do administrador uma garantia que deve ser prestada sempre que lha exigir o don³⁷⁰. Sem essa garantia, quando cobrada

Até 48 horas após a publicação do aviso referido no artigo 63, n° I, qualquer interessado pode reclamar contra a nomeação do síndico em desobediência a esta lei. O juiz atendendo às alegações e provas, decidirá dentro de 24 horas, e do despacho cabe agravo de instrumento. § 5°. Se o síndico nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á no termo de que trata o artigo 62 o nome de seu representante, que não poderá ser substituído sem licença do juiz."

No projeto em discussão perante o Congresso (Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, já aprovado na Câmara e em fase de análise no Senado) a figura do síndico será substituída pela do administrador judicial, sendo possível, mesmo assim, a nomeação de pessoa jurídica para essa função: "Art. 147. O administrador judicial exerce pessoalmente as suas funções e não pode delegá-las, exceto para atos determinados, com prévia autorização do juiz. Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á no termo de que trata o art. 146 o nome de seu representante, que não poderá ser substituído sem licença do juiz."

369Nem há disposição nesse sentido na atual Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945), não constando também do Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, em fase de discussão no Congresso Nacional.

370BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e

pelo dono, o administrador não poderá ser investido em suas atribuições, como ainda, se a mesma perecer, terá de se afastar do cargo?",

Aliás, o art. 719, do CPC, equipara os poderes do administrador aos mesmos exercidos pelo usufrutuário, de sorte que também é lícito exigir do depositário os mesmos encargos e ônus?".

A caução será então prestada pelo administrador, observando-se prontamente a grande dificuldade de se nomear pessoa adequada para exercer esse *munus*, sendo maior ainda quando se exigir dela alguma garantia, real ou fidejussória.

Pode ser exigida a caução em relação ao exeqüente, em vez de cobrar-se a garantia do administrador, pois a execução processa-se no interesse do primeiro?". Nota-se, ainda assim, que o *administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo*".

Se o administrador não prestar a caução, mas o exeqüente o fizer, como esse ato se dá em seu benefício, a penhora terá de se concretizar, não podendo o executado opor-se alegando que não terá garantia do próprio depositário, pois valerá para os mesmos efeitos a caução que for dada pelo credor.

dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto."

371BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1401. O usufrutuário que não quiser ou não puder dar caução suficiente perderá o direito de administrar o usufruto; e, neste caso, os bens serão administrados pelo proprietário, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufrutuário o rendimento deles, deduzidas as despesas de administração, entre as quais se incluirá a quantia fixada pelo juiz como remuneração do administrador."

372BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 719. Na sentença, o juiz nomeará administrador que será investido de todos os poderes que concernem ao usufrutuário. ..

373BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (artigo 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados."

3⁷⁴BRASIL, *Código de Processo Civil*: Art. 150.

Essa garantia não se trata da prevista no art. 588, do CPC³⁷⁵, uma vez que tal dispositivo prevê a caução em relação à execução provisória, que é dispensável em alguns casos, como, por exemplo, na execução de prestação de caráter alimentício. Nada obsta, entretanto, na execução provisória, que se faça a penhora de faturamento, ainda que essa medida seja tida como excepcional, mesmo porque o legislador não proibiu a transferência do domínio, que consiste em ato presumivelmente mais prejudicial ao executado, nem a prática de atos que possam acarretar danos de difícil reparação nesse tipo de execução, cobrando apenas a prestação de caução.

Caso a execução seja definitiva, o executado não terá como invocar o art. 588, do CPC para falar em prestação de caução, mas a garantia poderá ser requerida ao juiz, como visto, com fundamento em dispositivo de direito material (art. 1.400, do Código Civil).

A garantia poderá ser real ou fidejussória?", obedecendo às regras próprias para prestação e aceitação, cabendo ao juiz decidir.

375BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva. observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade. (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei nO 10.444, de 07.05.2002. DOU 08.05.2002, em vigor 3 (três) meses após a data de publicação)"

376BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 826. A caução pode ser real ou fidejussória."

1.15. As obrigações do administrador

São inúmeras as obrigações do administrador, sobressaindo-se, como mais importante, a de preservar a própria empresa, angariando recursos para pagar o exequente.

Essa atividade exige que ele formule, desde logo, um plano denominado pela lei de *forma de administração*, que conterà um esquema de pagamentos que terá de observar uma ordem de preferência.

Como ficará investido de poderes para cuidar, ao menos, da parte mais importante da empresa executada, consistindo as receitas o seu principal foco, é certo que outras pessoas poderão auxiliá-lo, sejam aquelas nomeadas conforme o parágrafo único do art. 149, do CPC, ou então outras que o juiz poderá manter no estabelecimento, observando o contrato social ou estatutos. Será o caso de manter, à guisa de exemplo, o administrador encarregado da área industrial ou o que cuida da parte administrativa como auxiliares ou prepostos, concentrando em si as funções e atividades relacionadas à área financeira. Também o próprio executado poderá continuar com a representação judicial da sociedade em relação às ações em andamento, desde que isso não atrapalhe os trabalhos do administrador judicial. Aliás, na própria execução em andamento, será ele intimado da penhora e da abertura do prazo para a apresentação de embargos, não podendo esse mister ser transferido a outrem.

O administrador terá de elaborar também demonstrações mensais que serão levadas a juízo e que respeitarão a forma contábil, mantendo a escrituração em ordem. Importa dizer que ele terá de levantar um balanço de constatação ao iniciar suas atividades, quando tomar posse na função e ingressar no estabelecimento. Terá também de levantar outro balanço de constatação no final da penhora, quando o estabelecimento for restituído ao executado. Fará isso para diversos fins, tais como: demonstrar a preservação do estabelecimento; comprovar

dessas, já que o Código Civil de 1916 encarregava-se de disciplinar o assunto, impedindo a fluência de prazo prescricional", que a jurisprudência interpretava no sentido já exposto?". Em que pese isso, o Código Civil de 2002 não trouxe nenhum dispositivo nesse sentido, qual seja, de suspender o curso de prazos prescricionais em relação ao credor, diante do depositário e do devedor", o que recomenda bastante cautela por parte do credor também nestes casos de penhora de títulos de crédito.

Dentre os assuntos abordados até o momento, destaca-se o fato de a penhora de faturamento não se confundir com a de créditos. Assim, os prazos prescricionais podem, sim, fulminar as dívidas ativas de titularidade do executado, não se suspendendo nem se interrompendo com a nomeação do administrador judicial, haja vista que ele não tem a obrigação de notificar o terceiro, à semelhança do que está previsto no art. 672, § 2º, do CPC. Dessa forma, se ele se descuidar de suas obrigações e não promover as execuções contra os terceiros, devedores do executado, deixando de cobrá-los e mantendo consigo os títulos regularmente emitidos, essa inércia poderá provocar a prescrição das respectivas ações, de modo

378BRASIL, *Código Civil de 1916*: "Art. 168. Não corre a prescrição: I - Entre cônjuges, na constância do matrimônio. II - Entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder. III - Entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. IV - Em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, os seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda."

379BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CADERNETA DE POUPANÇA - BLOQUEIO DE CRUZADOS NOVOS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - DECRETO Nº 20.910/32 E DECRETO-LEI Nº 4.597/42 - DIES A QUO - LIBERAÇÃO TOTAL DOS SALDOS - I - A prescrição do direito de ação de indenização referente aos saldos de cruzados novos bloqueados, em decorrência da Lei nº 8.024/90, é quinquenal, conforme entendimento inserto no artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32. II - O início da contagem do prazo prescricional dar-se-á apenas quando da total liberação dos saldos a seus poupadores, o que ocorreu em agosto/1992, momento em que foi possível, legalmente, o exercício do direito de se reaverem os ditos saldos. III - Condição de depositário do BACEN possibilita a aplicação do preceito contido no art. 168, inc. IV, do Código Civil, pelo qual a prescrição de ações contra o depositário não correria até que os bens a ele confiados fossem devolvidos ao depositante. IV - Recurso Especial improvido. RESP 389108 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 26.05.2003 - p. 260.

380BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 2002)*: "Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção."

que ele, o administrador, poderá ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos que acarretar às partes.

Finalmente, o administrador tem a incumbência de restituir o estabelecimento ao executado ou de entregá-lo a quem o juízo da execução determinar.

1.15.1. A conservação do estabelecimento

A conservação do estabelecimento é princípio assente, estando consagrado em nossa doutrina. Consiste na obrigação fundamental do administrador judicial e servirá para orientar o órgão julgador em suas decisões e também o depositário, desde a formulação do plano de administração até quando estiver desempenhando as suas atribuições.

A regra, então, é a da conservação e não a da destruição do estabelecimento, até porque, tratando-se de execução, aplicam-se as disposições do art. 620, do CPC, que prevê a menor onerosidade para o executado, além de também incidir na espécie o art. 716, do mesmo Código, que admite o usufruto de empresa quando o juiz *reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida*.

O princípio é *reclamado pelo interesse coletivo, na medida em que a sua continuidade (a continuidade da empresa) imoort: nd çereçêo de empregos, no pagamento de impostos, na promoção do deser «nento das comunidades em que se integra, e em outros b nefícios gerais*³⁸¹.

Todavia, foi possível »bservar que a ap' ~ção do princípio da conservação da empresa admite algum teme j€ ~J. IIInforme enfatizam J. A. Penalva SANTOS e Paulo Penalvs ...•!0S, já citados neste trabalho e responsáveis pela

381BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DIS-(!...UÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais. Recurso conhecido e provido. RESP 61.278-SP, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 06.04.1998, p 121.

atualização dos *Comentários à Lei de Falências*, de Trajano de Miranda VALVERDE³⁸². Então, se ficar demonstrado ser mais prejudicial a manutenção do estabelecimento do que a sua extinção, a saída será ouvir o exeqüente, podendo o juiz até mesmo sinalizar que a penhora de faturamento não se consumará ou, então, caso efetivada, terá de ser desfeita.

Dessa forma, nem será possível ao depositário formular plano que viole esse princípio, nem ao juiz aprová-lo se indevidamente apresentado, podendo, se o melhor caminho for o da extinção da empresa ao invés da preservação do estabelecimento do executado, indeferir a penhora de faturamento. A decisão que solucionar essa questão desafiará agravo de instrumento, podendo ser invocada a violação aos artigos 620 e 716, do CPC, competindo ao prejudicado demonstrar a sua ocorrência, seja provando ser mais gravoso esse tipo de penhora ou o plano de administração que, então, poderá ser ajustado, seja comprovando não ser o meio eficiente para a solução da dívida como, por exemplo, não cobrindo os fundos líquidos mensais, que ficarão disponíveis, sequer os juros que irão incidir sobre a dívida, ou, ainda, que os mesmos não serão suficientes para o pagamento das despesas com o processo. Quando o recorrente for o credor, caberá a ele a demonstração da admissibilidade da penhora de faturamento, produzindo provas e levantando argumentos que evidenciam ser melhor a constrição, que não extinguirá a empresa.

1.15.2. A forma de administração e esquema de pagamentos que respeite a ordem legal

O depositário não poderá ser nomeado nem investido em suas atribuições enquanto não apresentar um plano de administração acompanhado de esquema de pagamentos. Não atendidos esses requisitos exigidos pelo art. 677, do CPC, a penhora não poderá ser considerada como efetuada.

Quer dizer, então, que o juiz não pode, no despacho que ordenar a constrição, de modo simplista, nomear o próprio representante legal do executado

382Trajanode Miranda VALVERDE, *Comentários à lei de falências (decreto-lei n° 7661, de 21 de junho de 1945)*, v. I, p. 31.

para o cargo de administrador. Por duas razões está impedido de agir assim: a) primeiro porque não há obrigação alguma de aceitação da nomeação, sendo que a imposição da mesma pode configurar desobediência ao princípio da legalidade consagrado no art. 5º, inciso II, da Carta Política de 1988; b) e em segundo lugar, esse rito alternativo não se acha regulado pela lei processual, o que afetará num primeiro plano a Constituição Federal, ante a violação ao princípio do devido processo legal, e, em seguida, o próprio art. 677, do CPC. Esse tipo de nomeação, por não encontrar respaldo em nossa legislação, situa-se no perigoso campo do chamado *direito alternativo*, incompatível com o nosso Sistema, completamente fechado e positivado.

Consistindo da essência da penhora de faturamento a nomeação do administrador, o mesmo precisa ser ouvido para se saber se aceitará ou não o encargo. E uma forma de aceitação constitui-se na apresentação do plano de administração dentro do prazo assinalado pela lei, que é de 10 dias. A inércia não poderá também ser interpretada como capaz de gerar essa esperada anuência, nem muito menos em investidura na função, pois o seu exercício depende da lavratura de termo nos autos que, incontinenti, necessita ser averbado no registro adequado.

O plano que for apresentado explicitará ao juiz e às partes os limites das funções do administrador, podendo, inclusive, prever que agirá em cooperação com outros órgãos da empresa que sofre a execução, até para que não sejam prejudicadas suas atividades. Irá prever inclusive a possibilidade de representação do executado em juízo, para promover a propositura de ações de execução contra devedores do mesmo, caso se constate, no exercício das funções, o inadimplemento de dívidas ativas que afete a solvabilidade do estabelecimento.

O fato de prever que o administrador judicial agirá em cooperação com outros órgãos da empresa poderá travar o funcionamento do empreendimento face a possibilidade de impugnação, pelos sócios, dos atos praticados pelos gestores?".

Para se evitar esse problema, são sugeridas duas alternativas: a) a primeira 383BRASL, Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002): "Art. 1013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios. § 1º Se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos. § 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria."

consistirá em decidir o juízo da execução pela nomeação dos demais representantes como prepostos do depositário, de sorte que, passando a auxiliá-lo, terão de submeter-se às determinações que emanarem dele; b) outra seria estabelecer criteriosamente as atividades que o administrador do juízo irá praticar, eliminando qualquer possibilidade de controvérsias na hora da execução. Com certa previsibilidade, será possível evitar atritos entre o administrador e um representante legal que cuide, por exemplo, exclusivamente da área de produção do estabelecimento.

Desse modo, o depositário poderá circunscrever suas atividades, no plano que elaborar, a administrar apenas e tão somente o fluxo de receitas e despesas do estabelecimento, permanecendo os demais encargos nas mãos dos representantes legais do executado, indicados nos estatutos ou no contrato social. Somente o administrador judicial terá poderes para receber e dar quitação e também ficará obrigado a efetuar pagamentos observando a ordem legal, submetendo ao juízo da execução as situações duvidosas.

Pode acontecer que o depositário, mesmo depois de iniciadas as suas atividades, constate o desvio de clientela, por exemplo, para outros estabelecimentos pertencentes a terceiros, suspeitando do comportamento dos demais representantes da pessoa jurídica devedora, que podem estar agindo em conluio. Nesse caso, ele poderá reformular seu plano de trabalho, submetendo a contratação de prepostos ao juízo da execução=" , Mesmo na falência, existe a figura do *gerente*, responsável pela continuação do negócio, quando aconselhável, o qual fica sob o comando direto do síndico?". Na penhora de faturamento podem ser

³⁸⁴ Código Civil disciplina essa hipótese no art. 1.018, ao tratar da nomeação de mandatários: "Art. 1018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar."

³⁸⁵BRASIL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 74. O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico. § 1º. A continuação do negócio, salvo caso excepcional, a critério do juiz, somente pode ser deferida após o término da arrecadação e juntada dos inventários aos autos da falência. § 2º. O gerente, cujo salário, como os demais prepostos, será contratado pelo síndico mediante aprovação do juiz, ficará sob a imediata fiscalização do síndico e lançará os assentos das operações em livros especiais, por este abertos, numerados e rubricados. § 3º. O gerente assinará, nos autos, termo de depositário dos bens da massa que lhe forem entregues, e de bem e fielmente cumprir os seus deveres, prestando contas ao síndico. § 4º. As compras e vendas serão a dinheiro de contado; em casos especiais, concordando o síndico e o representante do Ministério Público, o juiz poderá autorizar compras para pagamento no prazo de 30 dias. As vendas, salvo autorização do juiz, não

adotados por analogia os mesmos critérios para sua nomeação, com a ressalva apenas de que a administração não será transferida a essa pessoa, mas exercida diretamente pelo depositário, pois, embora possa ser auxiliado, as atividades do administrador judicial são personalíssimas, sendo proibida a sua transferência a outrem.

Outra situação vislumbrada decorre da estrutura da empresa executada. Sendo pequena ou média, não conseguirá suportar gastos com uma estrutura mais complexa, com várias pessoas representando-a, cada qual incumbida de exercer um tipo de atividade em seu nome. Numa hipótese dessas, a saída será concentrar nas mãos do administrador judicial todas as tarefas inerentes ao cargo, que se acham até mesmo disciplinadas no Código Civil, cuja aplicação ao caso não é afastada.

Definida a forma de administração, que compreenderá os atos que o depositário poderá praticar em nome do executado, o esquema de pagamentos terá de ser analisado pelas partes, facultando-se a manifestação em prazo comum, devendo, posteriormente, ser aprovado pelo juízo da execução.

1.15.3. A ordem legal dos pagamentos

Qual a ordem legal que o administrador deve observar para fazer pagamentos válidos e com segurança?

Reportando-se ao Código Civil de 1916, Trajano de Miranda VALVERDE ensina que

Pela lei brasileira, os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais, subdividindo-se os primeiros em

poderão ser efetuadas por preço inferior ao constante da avaliação. § 5º. O gerente recolherá, diariamente, ao estabelecimento designado para receber o dinheiro da massa (artigo 209), as importâncias recebidas no dia anterior, e, no fim de cada semana, apresentará, para serem juntas aos autos, que se formarão em separado: I - as relações das mercadorias adquiridas e vendidas e respectivos preços, caracterizando os negócios que, na conformidade do parágrafo anterior, tiverem sido feitos a prazo; II - a demonstração das despesas gerais correspondentes à semana, inclusive aluguel e salário de prepostos. § 6º. O juiz, a requerimento do síndico ou dos credores, ouvido o representante do Ministério Público, pode cassar a autorização para continuar o negócio falido. § 7º. Cessará a autorização se o falido não pedir concordata no prazo do artigo 178, ou, se o tiver feito, quando julgado, em primeira instância, a seu pedido."

especiais e gerais. Quanto à preferência atribuída aos créditos reais, rege-a a lei da situação da garantia, pois, como vimos, dada a natureza da relação jurídica, é a lei que com ela mais se harmoniza. Quanto às demais causas de preferência, que, pela nossa lei, são os privilégios, manda o Código Bustamante, no art. 225, a nosso ver, acertadamente, aplicar a lex tori?"

Vale observar que a redação do art. 1.557 do Código revogado é idêntica à do art. 958 do em vigor⁸⁷?

Esse autor enfatiza que o privilégio depende tecnicamente da lei da obrigação, de sorte que *sustenta-se que, em princípio, a lei reguladora da sua existência deve ser a lei que, em geral, regula a obrigação gerentide"*, Mas a lei estabelece que o *crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral*, conforme dispõe o art. 961, do Código Civil de 2002.

De qualquer sorte, percebe-se que essa questão deve ser respondida à luz de vários dispositivos legais, dentre os quais destacam-se: a) a Constituição Federal de 1988; b) o Código Civil; c) a Consolidação das Leis do Trabalho; d) o Código Tributário Nacional, que, embora tenha sido aprovado originalmente como lei ordinária, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar; e) a Lei de Falências; f) a Lei de Execuções Fiscais e os Decretos-leis n.os 167, de 1967 (Crédito Rural) e 413, de 1969 (Títulos de Crédito Industrial).

A Magna Carta estabelece, em seu art. 7º, inciso X, como garantia individual a todo trabalhador, *a proteção do salário, na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.*

Por seu turno, a CLT afirma:

⁸⁶Trajano de Miranda VALVERDE, *Comentários à lei de falências (decreto-lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945)*, v. III, p. 175.

³⁸⁷BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais."

³⁸⁸Trajano de Miranda VALVERDE, *Comentários à lei de falências (decreto-lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945)*, v. III, p. 175.

Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

§ 1º. Na falência, constituirão crédito privilegiado a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 6.449, de 14.10.1977).

§ 2º. Havendo concordata na falência, será facultado aos contratantes tornar sem efeito a rescisão do contrato de trabalho e conseqüente indenização, desde que o empregador pague, no mínimo, a metade dos salários que seriam devidos ao empregado durante o interregno.

E, arrematando, o art. 186 do CTN, lei complementar em sentido material, assegura ao *crédor trabalhista privilégio sobre quaisquer outros créditos, inclusive os créditos fiscal e real.*³⁸⁹

Os salários, então, figuram em primeiro lugar dessa ordem, consistindo em créditos que possuem privilégio especial, observando-se que as férias convertidas em abono pecuniário, desde que não excedente a 20 dias, não integram a remuneração do empregado para efeitos da legislação do trabalho?".

Num segundo plano, estão os créditos fiscais, cuja regulamentação é dada pelo artigo 186, do CTN. Esse texto legal afirma que, ressalvados os decorrentes da legislação do trabalho, os créditos fiscais preferem a todos os outros. Essa preferência não decorre, frise-se, do Código Civil de 2002, pois seu art. 965, inciso 389Arakende ASSIS, *Concurso especial de credores no CPC*, p. 274.

390BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*: "Art. 143. É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes. § 1º. O abono de férias deverá ser requerido até 15 (quinze) dias antes do término do período aquisitivo. § 2º. Tratando-se de férias coletivas, a conversão a que se refere este artigo deverá ser objeto de acordo coletivo entre o empregador e o sindicato representativo da respectiva categoria profissional, independentemente de requerimento individual a concessão do abono. § 3º O disposto neste artigo não se aplica aos empregados sob o regime de tempo parcial. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) Art. 144. O abono de férias de que trata o artigo anterior, bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, da convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integrarão a remuneração do empregado para efeitos da legislação do trabalho. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997)"

VI, não reforça a incidência do CTN, haja vista ser da esfera da lei complementar (e o CTN tem essa natureza) a regulamentação dos assuntos gerais em matéria fiscal. Em síntese, se o Código Civil nada afirmasse, o crédito tributário continuaria a gozar de privilégio geral por causa do texto do CTN.

Poderá haver, entretanto, concurso de preferência entre os titulares dos créditos fiscais, conforme a ordem traçada pelo art. 187, do CTN, que estabelece:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

1- União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pro rata;

111 Municípios, conjuntamente e pro rata.

Embora a lei não o diga, os créditos de titularidade das autarquias preferem aos dos entes públicos que estejam abaixo da classificação respectiva. Assim, os créditos do INSS preferem aos do Estado membro; o crédito de uma autarquia estadual prefere ao crédito municipal?". Porém, essa posição não é pacífica na jurisprudência, havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça que afirma existir a preferência em primeiro lugar entre os entes políticos (União, Estados e Municípios), para só depois se estabelecer o concurso entre as entidades autárquicas de qualquer esfera, seja federal, estadual ou municipal",

391BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL - AUTARQUIA FEDERAL- CONCURSO DE PREFERÊNCIA - CTN, ART. 187, PARÁGRAFO ÚNICO - LEI Nº 6.830/80, ART. 29, PARÁGRAFO ÚNICO - I - O crédito fiscal da autarquia federal tem preferência em relação àquele de que seja titular a Fazenda Estadual, ex VI do art. 187, parágrafo único, do CTN e art. 29, parágrafo único da Lei nº 6.830/80, ressalvados os créditos decorrentes de legislação trabalhista. II - Na hipótese sub judice verifica-se que a autarquia provou a existência de ação de execução e penhora sobre o bem excutido na ação movida pelo fisco estadual, portanto, correta a decisão que concedeu preferência ao crédito do INSS, determinando seu pagamento em primeiro lugar. III - Embargos de divergência acolhidos. ERESP 167381 - SP - 1ª S. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 16.09.2002, p. 133.

Mas é de se ressaltar que esse concurso de preferência entre os entes públicos exige dois requisitos para que se instaure o regime de prelação, que são: a) a existência de execução fiscal em andamento; b) e que a penhora recaia sobre o mesmo bem.

Mesmo que exista a execução fiscal, com a citação regular do devedor, mas não incidindo a penhora sobre o mesmo bem, não será possível falar em preferências". Terá de haver, portanto, pluralidade de penhoras de faturamento para que os entes passem a concorrer entre si pelos resultados decorrentes dessa

392BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PRAZO RECURSAL - CONTAGEM COM OBSERVÂNCIA DA DATA DO PROTOCOLO, NÃO DA JUNTADA AOS AUTOS - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO REPELIDA - IMPOSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO, ADITAMENTO OU CORREÇÃO DO RECURSO JÁ PROTOCOLADO - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - CONCURSO DE PREFERÊNCIA - FAZENDA NACIONAL E AUTARQUIA FEDERAL (INSS) - PREFERÊNCIA DO CRÉDITO DO ENTE POLÍTICO (UNIÃO FEDERAL) SOBRE O DA PESSOA JURÍDICA DE NATUREZA MERAMENTE ADMINISTRATIVA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO - Dentre as duas ordens de preferência que devem ser estabelecidas, quais sejam, uma entre as próprias entidades estatais, segundo a esfera governamental a que pertencem (federal, estadual e municipal), e outra, entre as entidades políticas (União, Estado-membro e Município) e as não-políticas, isto é, as meramente administrativas (autarquias), o crédito da União, do Estado-membro ou do Município deve sempre preferir ao das autarquias de qualquer nível administrativo, em razão de que os entes políticos têm precedência sobre as pessoas jurídicas de direito público meramente administrativas. A matéria preliminar de intempestividade do recurso especial, invocada pela recorrida, não prospera, uma vez que, consoante já se decidiu neste egrégio Sodalício, "A contagem do prazo se faz com observância da data do protocolo, e não da juntada da petição" (STJ-5ª Turma, REsp 34.288-4-PR, rel. Min. Flaquer Scartezini, j. 1.9.93, deram provimento, v.u., DJU 27.9.93, p. 19.826) (in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Theotonio Negrão, Ed. Saraiva, 32ª ed., 2001, nota 14 ao artigo 508, p. 549). Na espécie, embora encartado aos autos em 13.11.98, tempestivamente, portanto, o recurso fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", não pode ser acolhido como aditamento, porque, com a interposição do primeiro recurso (com fundamento somente na alínea "c"), "a parte pratica ato processual, pelo qual consuma o seu direito de recorrer e antecipa o dies ad quem do prazo recursal (caso o recurso não tenha sido interposto no último dia do prazo). Por consequência, não pode, posteriormente, 'complementar' o recurso, 'aditá-lo' ou 'corrigi-lo', pois já se operou a conclusão consumativa" (RSTJ 97/369). No mesmo sentido: 745/197, JTJ 196/131" (Theotonio Negrão, in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 32ª ed., Ed. Saraiva, nota 1ª ao artigo 499, p. 531). No tocante ao dissídio pretoriano, convém registrar que a divergência não restou demonstrada conforme as regras do artigo 541, do Código de Processo Civil e do artigo 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em desobediência à Súmula nO291, do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o recorrente se limita a transcrever a ementa e o voto de acórdão em que se discute o tema tratado nos autos, mas em hipótese diversa, sem, tampouco, realizar o necessário cotejo analítico entre os acórdãos confrontados. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime. RESP 272374 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 25.02.2002, p.285, grifou-se.

393BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONCURSO DE PREFERÊNCIA - FAZENDA NACIONAL E ESTADUAL - NECESSIDADE DE PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO - 1. Penhorado o bem exclusivamente na execução fiscal proposta pela Fazenda Estadual, não é lícito à Fazenda Nacional, sob argumento de ser credora preferencial e possuir execução contra o mesmo devedor, apropriar-se do fruto da venda do bem constrito. Precedentes. 2. Recurso Especial conhecido e provido. RESP 101494 - SP - 2ª T.- Rel. Mina Laurita Vaz - DJU 07.10.2002, p. 206, grifou-se.

construção. Não existindo penhoras diversas, que beneficiem diferentes credores, não haverá um pressuposto para esse concurso.?"

Os honorários advocatícios gozam de privilégio geral. E, embora existam decisões indicando como correta essa classificação à luz do art. 24, da Lei n.º 8.906, de 1994³⁹⁵, há que se discordar dessa posição justamente por consistirem em verba alimentar, sendo de mesma natureza os honorários sucumbenciais e os contratuais¹,

Entre os credores da mesma classificação, haverá rateio proporcional aos respectivos créditos se o produto não bastar para o pagamento integral de todos (art. 962, do Código Civil).

Há uma situação especial em relação aos créditos que podem ser equiparados aos chamados encargos da massa, verificados na falência e que estão disciplinados no art. 124, do Decreto-lei n.º 7.661, de 1945³⁹⁷. Alguns desses

394Araken de ASSIS, *Concurso especial de credores no CPC*, p. 128: *Idêntico bem comporta mais de uma penhora pelo mesmo credor, baseado em crédito diferente, ou por credor diferente.*

395BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CONCURSO DE CREDITORES - PRIVILEGIO - No concurso de credores previsto no art. 711 do CPC, o crédito relativo a honorários advocatícios tem privilégio geral (art. 24 da Lei 8.906/94), mas não prefere os créditos fiscais (que sequer participam do concurso - REsp 86.297/RS) e aqueles aos quais a lei garante prioridade. Recurso não conhecido. RESP 261792 - MG - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 18.12.2000 - p. 205.

396BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - PRECATÓRIO - DECISÃO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL - ATO ADMINISTRATIVO - VIABILIDADE DO EXAME EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA ALIMENTAR - PREFERÊNCIA NA ORDEM DOS PRECATÓRIOS- PRECEDENTES DO STJ E DO STF - 1. Os atos do Presidente do Tribunal nos processos de precatório, são de natureza administrativa. Como ato administrativo está sujeito ao controle pelas vias normais ou por intermédio da ação de mandado de segurança. Precedentes do STJ. 2. Os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, possuem natureza alimentar. 3. Incluem-se, portanto, na ressalva do art. 100 da Constituição da República. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso provido. ROMS 12059-RS, 2ª T., Relª Min. Laurita Vaz, DJU 09.12.2002, p. 317.

397BRASIL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 124. Os encargos e dívidas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos à falência, ressalvado o disposto nos artigos 102 e 125. § 1º. São encargos da massa; I - as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes e das ações em que a massa for vencida; II - as quantias fornecidas à massa pelo síndico ou pelos credores; III - as despesas com a arrecadação, administração, realização de ativo e distribuição do seu produto, inclusive a comissão de síndico; IV - as despesas com a moléstia e o enterro do falido, que morrer na indigência, no curso do processo; V - os impostos e contribuições públicas a cargo da massa e exigíveis durante a falência; VI - as indenizações por acidente do trabalho que, no caso de continuação de negócio do falido, se tenha verificado nesse período. § 2º. São dívidas da massa: I - as custas pagas pelo credor que requereu a falência; II - as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos, praticados pelo síndico; III - as obrigações provenientes de enriquecimento indevido da massa. § 3º. Não bastando os bens da massa para o pagamento de todos os seus credores serão pagos os encargos antes das dívidas, fazendo-se rateio, em cada classe, se necessário, sem prejuízo porém dos créditos de natureza trabalhista."

créditos chegam a ser equiparados aos trabalhistas, como os que se destinam à remuneração do síndico e peritos?", valendo notar que eles não podem se sujeitar a nenhum concurso. Entretanto, na penhora de faturamento, tal tipo de despesa precisa ser adiantada mês a mês pelo exeqüente, conforme disciplina o art. 19, do CPC399.

De acordo com Trajano de Miranda VALVERDE,

Os encargos da massa não são dívidas sujeitas ao concurso falimentar; são pagas por simples deliberação administrativa do juízo, independentemente de habilitação. Da mesma forma, no concurso de credores de natureza civil, os encargos resultantes da administração, conservação, guarda e realização do ativo não são objeto nem de habilitações, nem de discussão. São despesas que se fizeram em benefício de todos e todos devem carregá-las. ⁴⁰⁰

Poderão ser classificados como encargos da penhora de faturamento todos os créditos por despesas que necessitam ser realizadas para a manutenção do estabelecimento, estando em tal situação todos aqueles cuja falta de adimplemento é capaz de por em risco a continuação do negócio e a preservação da empresa. Como exemplos, podem ser citados os créditos decorrentes de aluguéis vencidos durante a administração resultante da penhora de faturamento, as tarifas de água, energia elétrica e serviços de telefonia, os fornecedores de bens e serviços que celebrarem contratos com o administrador e também a folha de salários e remunerações por serviços prestados em sua gestão etc.

398BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 219 - "Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas. "

399BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. § 1º. O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual. § 2º. Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público."

400Trajano de Miranda VALVERDE, *Comentários à lei de falências (decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945)*, v. II, p. 195.

Vale ressaltar que o administrador não poderá celebrar negócios como, por exemplo, destinados à aquisição de produtos ou serviços e depois não honrar essas obrigações, salvo se não for possível apurar durante o exercício de seu encargo fundos suficientes para tanto, caso em que terá de justificar essa situação ao juiz da execução. Não estará autorizado a agir assim, pois a sua função consiste em preservar a empresa e produzir os melhores resultados em benefício do credor exequente, mas, nem por isso, poderá atuar de modo a multiplicar o número de litígios entre o executado e outros prováveis credores.

Como é possível perceber, a simples elaboração do esquema de pagamentos exigirá do administrador um domínio acerca da ordem legal em que os efetuará. Observará, de qualquer modo que, em primeiro lugar, sempre estarão os créditos trabalhistas, vindo, depois, os tributários, tendo de honrar também os encargos e despesas que surgirem sob sua gestão.

Os créditos com garantia real estão abaixo dos créditos tributários, que preferem aos créditos pessoais de qualquer espécie. Por seu turno, os créditos pessoais privilegiados preferem aos créditos pessoais simples, observando-se ainda que se o privilégio for especial, preferirá ao geral. O privilégio especial compreende apenas os bens sujeitos, por expressa disposição legal, ao pagamento do crédito que ele favorece e o geral atinge todos os bens que não estejam sujeitos a crédito com garantia real ou a privilégio especial (art. 963, do Código Civil).

Depois dos créditos fiscais e dos encargos, o esquema de pagamentos observará os que gozam de privilégio especial, ditada pelo art. 964, do Código Civil⁴⁰¹. Logo em seguida, estarão os créditos que gozam de privilégio geral, assim

401BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 964. Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaías e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de alugueis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários."

Também entram nessa classificação os créditos constantes dos seguintes textos legais:

1) Lei nº 4.068/62, artigo 5º;

definidos pelo art. 965, do mesmo Código⁴⁰². Logo depois estarão os créditos quirografários e, mais abaixo, os subquirografários.

Créditos quirografários correspondem aos que não possuem nenhuma garantia especial. Araken de ASSIS define-os assim: *Integram a penúltima categoria, no concurso especial, os credores que, confiando na solvabilidade do obrigado, "nenhuma garantia especial pediram", nem a lei material conferiu privilégio ao respectivo crédito.*" E, diz ele ainda, que *Passam a tal condição os credores que, "tendo garantia regai, ou tendo privilégio especial, o bem com cujo valor se haviam de satisfazer não deu para se lhe extrair o suficiente, a teor do art. 1.430 do CC/2002.*⁴⁰⁴

2) Lei nO5.474/68, artigo 28;

3) Lei nO5.988/73, Lei do Direito Autoral, artigos 57 a 72;

4) Lei nO7.203/84, artigo 13;

5) Lei nO8.906/94, Estatuto da Advocacia e da OAB, artigo 24. "caput";

6) Decreto-lei n? 413/69, artigo 46, "caput".

402BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral"

Entram nessa classificação os créditos respectivos, conforme os seguintes diplomas legais:

1) Lei nO3.726/60;

2) Decreto-lei n° 70/66, artigo 35, § 2°;

3) Decreto-lei n° 496/69;

4) Decreto-lei nO7.661/45, Lei de Falências, artigo 102, "caput";

5) Decreto nO22.866/33.

A classificação dada pelo Código Civil de 2002 não pode preterir os créditos fiscais em benefício de outros, pois o Código Tributário Nacional, que foi recepcionado como lei complementar, disciplina o assunto nos artigos 186 e 187. Nesse ponto, a Lei Civil acabou invadindo a competência reservada à lei complementar, de modo que o dispositivo do Código regulado pela Lei n.º 10.406, de 2002, não teria como revogar o CTN.

403Arakende ASSIS, *Concurso especial de credores no CPC*, p. 279.

404Arakende ASSIS, *Concurso especial de credores no CPC*, p. 279.

Os créditos subquirografários, finalmente, correspondem àqueles que concorrem em igualdade de condições com os acionistas. Exemplo deles são as debêntures. Mas dificilmente, conforme anota Araken de ASSIS, haverá uma execução singular objetivando a liquidação desses créditos?", *porque antes provavelmente se decretará a falência. Vale consignar a espécie com o objeto de completar a visão geral da ordem de preferências.* ⁴⁰⁶

Um plano de pagamentos, que pode ser apresentado, consiste no seguinte, considerando como exemplo o fato de a penhora de faturamento ser requerida e realizada no interesse da Fazenda Pública Estadual:

- a. como encargos necessários à manutenção do estabelecimento, que são pagos por deliberação do juízo da execução, todas as despesas que o administrador realizar ou mesmo as contraídas ou originadas antes da penhora, que pareçam indispensáveis à manutenção da empresa;
- b. depois de pagos os encargos, o administrador irá satisfazer os créditos trabalhistas acaso em aberto;
- c. logo em seguida, virão os créditos da Fazenda Estadual, que, em vez de serem pagos, serão depositados em juízo na proporção determinada pela decisão judicial proferida no processo de execução regularmente instaurado e do qual decorre a penhora de faturamento. Só não poderão ser depositados se a União, por exemplo, requerer também a penhora de faturamento, caso em que o seu crédito preferirá ao da Fazenda Estadual. Havendo, noutro giro, crédito do INSS, tendo o mesmo efetuado também a penhora de faturamento, o administrador terá de buscar uma solução junto ao juízo da execução, para saber se o satisfaz antes de depositar o valor correspondente à dívida, cujo crédito é de titularidade da Fazenda do Estado, haja vista a inexistência de decisões pacíficas a respeito da ordem entre os entes políticos e as entidades autárquicas;
- d. resolvidos esses problemas, o administrador poderá satisfazer outros créditos em aberto se remanescerem fundos líquidos em suas mãos. Então, ele irá pagar primeiro os que tiverem garantia real, depois adimplirá

⁴⁰⁵A legitimidade para ingressar com essa execução toca ao agente fiduciário dos debenturistas, conforme estabelece o art. 76, da Lei n.º 6.404, de 1976.

⁴⁰⁶Araken de ASSIS, *Concurso especial de credores no CPC*, p. 281.

os créditos pessoais ainda não pagos, que gozam de privilégio especial. Se, ainda assim, sobraem recursos, em seguida, solverá os créditos pessoais com privilégio geral, desde que reclamados; ato contínuo e, se remanescerem valores disponíveis em suas mãos, pagará os créditos quirografários.

Se a classificação do crédito objeto da execução for mudada, altera-se também o esquema de pagamentos. Veja-se o caso de um crédito quirografário, representado por nota promissória ou qualquer outro título de crédito: o administrador terá de adimplir todas as obrigações, quaisquer que sejam, ficando em último lugar a satisfação ou o depósito que beneficiará o exeqüente.

Também convém não pregar a possibilidade de se concretizar um exemplo de modo completo, como o dado no primeiro caso acima citado, pois, de regra, não será possível ao depositário angariar fundos suficientes para manter adequadamente o estabelecimento em funcionamento e ainda assim solver outras obrigações além da de titularidade do exeqüente, já que, regularmente, os fundos líquidos não serão suficientes para que fique sub-rogada a garantia da execução.

O respeito a uma ordem, ainda que não corresponda exatamente à preconizada neste trabalho, é ordenado pela mais atual jurisprudência oriunda do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que chega a taxar a penhora de faturamento como falência cemputede",

407BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA EMPRESA - ARRECADAÇÃO MENSAL DA EMPRESA - FATURAMENTO - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - CPC, ART. 677 - TELEOLOGIA - INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS - GARANTIA FIDUCIÁRIA - DECISÃO RESERVADA AO Juízo DA EXECUÇÃO - I - A penhora em dinheiro pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. Assim, a penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola. 11- Na constrição da arrecadação mensal, o numerário a ser penhorado não é certo, já que está condicionado à efetivação de pagamentos. Também não é determinado, pois subordina-se ao montante de tais pagamentos. Tampouco, seria disponível, porque existiriam dívidas preferenciais (salários, tributos federais) a serem honradas. III - O Art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. Semelhante exigência não é gratuita. O sistema consagrado pelo Art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. IV - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (DL 7.661/45, Art. 1º). V - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. VI - permitir que o Estado se aproprie do faturamento é permitir que o exeqüente quebre a linha de preferência, fraudando os credores por salários e a União. Bem por isso, o Art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal

Realmente, essa posição tem a sua razão de ser, pois a constrição de faturamento pregada de modo simplista viola em primeiro lugar essa ordem, colocando em risco a continuidade dos negócios. Nas palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros:

Na hipótese, o numerário a ser penhorado não é certo, porque está condicionado à efetivação de pagamentos. Também não é determinado, pois subordina-se ao montante de tais pagamentos. Tampouco, ele seria disponível, porque existiriam dívidas preferenciais (salários, tributos federais) a serem honradas.

Como se percebe, o que se pretende praticar é penhora sobre o faturamento mensal da executada. A diferença entre esta e a tradicional penhora de faturamento diário é somente de freqüência.

O Art. 677 do Código de Processo Civil condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. Semelhante condicionamento não é gratuito. O sistema consagrado pelo Art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude ao regime de precedência dos

administrador faz as vezes do síndico na falência. VII - A penhora do faturamento (diário ou mensal) é verdadeira falência camuflada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VIII - Desaparecida a circunstância que tornava desnecessária a garantia fiduciária, cabe ao juízo da execução dizer quanto a sua adoção. ADRESP 275954 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 04.03.2002, p. 189 - grifou-se.

No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA RENDA DE EMPRESA - ARRECADAÇÃO MENSAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - TELEOLOGIA - INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DE CRÉDITOS - ARTS. 677 E 678 DO CPC - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos arts. 677 e 678 do CPC. II - O art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. O sistema consagrado pelo art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. III - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 1º). III - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. IV - Permitir que o Estado se aproprie do faturamento é consentir que o exequente quebre a linha de preferência, fraudando os credores. Bem por isso, o art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz às vezes do síndico na falência. V - A penhora do faturamento (diário ou mensal) funciona como efetiva falência da executada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VI - Agravo Regimental improvido. AGRAGA 289644-SP, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 17.02.2003, p. 224.

créditos. É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (DL 7.661/45, Art. 1º). O negociante que, além de não pagar suas dívidas, carece de bens para garantir a execução, ultrapassa a simples insolvência: torna-se falido.

Ora, caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação.

Em tal conjuntura, permitir que o Estado se aproprie do faturamento é permitir que o exeqüente quebre a linha de preferência, fraudando os credores por salários e a União.

Bem por isso, o Art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz as vezes do síndico na falência.

Com dá para perceber, a exigência do Art. 677 insere-se no Ordenamento jurídico como instrumento profilático - capaz de prevenir eventuais atentados à ordem legal de preferência. Nada importa, assim, a circunstância de a constrição do crédito atingir a fêria diária ou os ganhos mensais. A investidura do Depositário-administrador é imprescindível. A penhora de faturamento (diário ou mensal) é verdadeira falência camuflada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. ⁴⁰⁸

Além do fato de não adimplir suas dívidas, também caracteriza a falência a falta de nomeação de bens à penhora, conforme estabelece o art. 2º, inciso I, da Lei de Ouebras?", uma vez que a penhora de faturamento, como já visto, é possível só

408BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADRESP 275954 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 04.03.2002. p. 189.

409BRASIL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 2º. Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: I - executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora dentro do prazo legal;" No Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, essa situação também é contemplada: "Art. 81. Será decretada a falência da pessoa que exercer atividade empresarial e que:

depois de esgotados sem sucesso todos os meios para o credor descobrir e penhorar outros bens do executado. Apenas a inércia do executado poderá configurar essa situação que serve de causa ao pedido de quebra. Assim, o concurso universal de credores não poderá ser aberto se ele indicar bens, mas não resultarem aceitos pelo credor nem forem admitidos à penhora pelo juízo da execução?".

1.15.4. O levantamento de inventários e balanços (inicial e final)

Pode parecer um exagero incumbir o administrador judicial de levantar inventários e balanços, inicial e final, ou ainda de apurar resultados ao cabo de cada ano cívico", mas esses demonstrativos são de grande valia na penhora de faturamento. A obrigação de elaborar demonstrativos mensais também consta da lei, sendo incumbência inarredável do administrador judicial". Mas, este capítulo ocupar-se-á da apresentação dos balanços inicial e final e da necessidade de manutenção de uma escrituração em perfeita ordem.

(...) II - executado, não paga, não deposita, não nomeia bens à penhora, de dívida líquida e certa;"

410BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONCORDATA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PROVA DA ALIENAÇÃO - JULGAMENTO ANTECIPADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - I. É deficiente a fundamentação recursal (Súmula 284/STF) se, fundada a irresignação em violação de lei federal, limita-se o recorrente a fazer afirmativa genérica de violação legal, sem indicar, clara e precisamente, qual ou quais dispositivos infraconstitucionais teriam sido malferidos pelo acórdão recorrido II. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional do recurso especial, impondo-se como requisito primeiro do seu conhecimento. Não examinada explicitamente pela instância ordinária a matéria objeto do especial, e rejeitados os embargos declaratórios a integrar o acórdão recorrido, incidem os enunciados das Súmulas 282/ STF e 211/ST J. III. Tendo o devedor nomeado bem à penhora e, diante de sua imprestabilidade, tratado de substituí-lo, não se pode afirmar que ficou inerte diante da execução, nem que completados os requisitos do inciso I do artigo 2º da Lei de Falências à decretação da quebra. Recurso especial não conhecido. RESP 98499-SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJU 06.05.2002, p. 285, grifou-se.

411O levantamento de balanços anuais é obrigatório quando a penhora de faturamento perdurar por tempo que ultrapasse o exercício financeiro, que encerra-se, de regra, em 31 de dezembro de cada ano.

412BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 728. Cumpre ao administrador: I - comunicar à Junta Comercial que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou; II - submeter à aprovação judicial a forma de administração; III - prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida."

O Código Civil em vigor estabelece: *Art. 1020. Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico. A obrigação de elaborar essas demonstrações anuais é repetida no art. 1.065, do Código Civil, em relação às sociedades limitadas?".*

Desse modo, ainda que o depositário seja nomeado por juiz, ele não escapará dessa incumbência, pois é administrador, embora judicial. Como a lei não distingue entre os administradores eleitos ou nomeados, o depositário não terá como escapar dessa incumbência. Não obstante, o depositário terá, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na gestão de seus próprios negócios".

Não há prazo para proceder ao levantamento desses balanços - inicial e final - , podendo ser observado, por analogia, o que o liquidante deve respeitar, que é de 15 dias, contados da investidura?". O administrador exerce funções, muito parecidas às do liquidante, com a diferença de que não tem o encargo de realizar o ativo para cumprir todas as obrigações. Poderá, entretanto, buscar a realização do ativo, mas a finalidade não será a mesma da liquidação, e sim a satisfação do exequente, com a preservação do estabelecimento. Ele terá, então, de:

413BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1065. Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico."

414BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios."

415BRASIL, *Código Civil Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1103. Constituem deveres do liquidante: I - averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade; II - arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam; III - proceder, nos quinze dias seguintes ao da sua investidura e com a assistência, sempre que possível, dos administradores, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo; IV - ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas; V - exigir dos quotistas, quando insuficiente o ativo à solução do passivo, a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um e proporcionalmente à respectiva participação nas perdas, repartindo-se, entre os sócios solventes e na mesma proporção, o devido pelo insolvente; VI - convocar assembléia dos quotistas, cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário; VII - confessar a falência da sociedade e pedir concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda; VIII - finda a liquidação, apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas finais; IX - averbar a ata da reunião ou da assembléia, ou o instrumento firmado pelos sócios, que considerar encerrada a liquidação. Parágrafo único. Em todos os atos, documentos ou publicações, o liquidante empregará a firma ou denominação social sempre seguida da cláusula "em liquidação" e de sua assinatura individual, com a declaração de sua qualidade."

- a. averbar o termo de nomeação junto ao registro competente;
- b. diligenciar a busca e arrecadação de bens, livros e documentos da sociedade, mantendo-os em seu poder;
- c. elaborar o inventário e o balanço geral do ativo e do passivo dentro do prazo de 15 dias de sua investidura;
- d. não só ultimar os negócios pendentes da sociedade, mas celebrar outros, ficando encarregado de pagar o passivo conforme a ordem de preferência e entregar ao juízo da execução o que sobrar;
- e. exigir dos quotistas a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um e, proporcionalmente, à respectiva participação nas perdas, repartindo-se, entre os sócios solventes e na mesma proporção, o devido pelo insolvente?";
- f. apresentar mensalmente relatório e balanço ao juízo da execução do estado da administração?" ou sempre que necessário;
- g. levar ao conhecimento do juízo da execução o estado falimentar ou de insolvência do executado;
- h. finda a penhora, ele terá de apresentar ao juízo da execução o relatório da administração e as suas contas finais, com novo balanço e inventário.

Não se há falar que o administrador deve obediência ou que orienta os seus atos ao que ficar aprovado em assembléias ou reuniões de sócios, pois a eles não deve submeter-se, dado que está vinculado apenas ao juízo da execução.

O depositário terá de observar as mesmas obrigações impostas aos empresários em geral, no que diz respeito à elaboração e manutenção de um sistema de contabilidade, informatizado ou não. Apenas a pequena empresa, cuja obrigatoriedade de manutenção de uma escrituração é dispensada, simplificará a atuação do depositário?". Embora o Código Civil não traga a definição do que vem a ser pequeno empresário, a sua configuração é encontrada na legislação

416Referida hipótese poderá redirecionar a penhora, desfazendo-se a de faturamento para incidir sobre os créditos relativos às quotas de capital ainda não integralizadas.

417BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 728. Cumpre ao administrador: I - comunicar à Junta Comercial que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou; II - submeter à aprovação judicial a forma de administração; III - prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida."

extravagante como, por exemplo, a Lei n.º 9.317, de 1996, que instituiu o SIMPLES⁴¹⁹, definindo como microempresas as que possuem faturamento (ou receitas) até o valor de R\$ 120.000,00 anuais e empresa de pequeno porte a que auferir receitas até o valor de R\$ 1.200.000,00.

Em tal situação - a despeito da dispensa de escrituração - o administrador terá de elaborar ao menos demonstrativos sob a forma de *Livro Caixa* e *Registro de Inventário*⁴²⁰. guardando os comprovantes de receitas e dos pagamentos em perfeita ordem.

O livro obrigatório, exigido por lei, consiste no Diário (art. 1.180, do Código Civil), no qual é feita a escrituração em *forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens* (art. 1.183, do Código Civil). Nesse livro, *serão lançadas, com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa* (art. 1.184, do Código Civil), admitindo-se que a escrituração seja resumida, desde que não ultrapasse períodos de 30 dias. Mas essa escrituração resumida só será possível em relação às operações celebradas fora do estabelecimento ou, então, quando se tratar de atos numerosos, exigindo-se a confecção de livros auxiliares, nos quais constarão todos os registros

418BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico. § 1º Salvo o disposto no art. 1.180, o número e a espécie de livros ficam a critério dos interessados. § 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970."

419Essalei "*Dtspõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências.*"

420BRASIL, *Lei n.º 9.317, de 1996*: "Art. 7º. A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os artigos 3º e 4º. § 1º. A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes: a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusiva bancária; b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário; c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores. § 2º. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento, por parte da microempresa e empresa de pequeno porte, das obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária e trabalhista." (grifou-se).

individualizados (art. 1.184, § 1º, do Código Civil). Esse livro ainda poderá ser substituído por fichas, caso em que o administrador ficará incumbido de organizar o livro Balancetes Diários e Balanços (art. 1.185 e 1.186, do Código Civil).

Em resumo, o administrador encarregará um contabilista (art. 1.182, do Código Civil) de manter em ordem a escrituração do livro Diário, indicando ao juízo da execução o seu nome e número de inscrição no CRC - Conselho Regional de Contabilidade, bem como o endereço em que pode ser encontrado e no qual os livros poderão ser consultados. Nesse livro, também constarão o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico ou demonstração da conta de lucros e perdas, conforme exige o art. 1.189, do Código Civil.

O inventário conterà a descrição de todos os bens que integram o patrimônio da sociedade, incluindo os bens imóveis, móveis, veículos e maquinários utilizados na exploração da empresa, os estoques de produtos, de matérias primas, de embalagens e produtos intermediários, cujos critérios de avaliação constam do art. 1.187, do Código Civil.

Com esses levantamentos, o administrador conseguirá demonstrar ao juízo da execução a lisura de seu comportamento na condução dos negócios a seu cargo, bem como deixará entrever a possibilidade de manutenção da penhora, pois, se ela não resultar em depósitos em dinheiro que satisfaçam ao menos as custas e despesas processuais ou ainda se ficarem limitados à amortização apenas dos juros e atualização monetária, terá de ser desfeita, porque a coação irá se revelar de todo inútil ao credor e extremamente onerosa ao executado.

Finalmente, prescreve em 3 anos a ação contra o administrador, fluindo o prazo da apresentação em juízo do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada?". O prazo se conta da apresentação do balanço em juízo, pois o administrador não tem a incumbência de prestar contas ou de submeter seus atos à aprovação dos sócios, em reuniões ou assembléias.

⁴²BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: (...) b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;"

1.15.5. A comunicação ao juiz de qualquer fato relevante (inclusive os que configuram o estado falimentar do executado)

Embora o administrador não detenha poderes para representar a sociedade em juízo, a não ser excepcionalmente, objetivando o recebimento das dívidas ativas de titularidade do executado, tocando a representação ordinariamente aos diretores ou administradores indicados no contrato social ou estatutos?", o juízo da execução poderá determinar que a pessoa assim encarregada dê ciência ao depositário das citações e intimações que forem feitas.

Ficando no estabelecimento, pois precisará saber o que lá ocorre, tornará conhecimento de inúmeros fatos que poderão ter relevância a ponto de ser exigível que os comunique ao juízo da execução. Os fatos relevantes são todos aqueles que, de algum modo, podem interferir de forma razoável nos negócios do executado, conforme estabelece o art. 157, § 4º, da Lei n.º 6.404, de 1976⁴²³, cuja aplicação se dá por analogia na penhora de faturamento.

Uma situação que obriga o administrador a efetuar a comunicação ao juízo é a constatação do estado falimentar do executado, perceptível em função da manipulação ou tratamento das receitas, evidenciando-se essas insuficientes para suportarem as despesas com a manutenção do negócio. Além disso, ele pode verificar a inutilidade completa da penhora de faturamento, por constatar que não será possível obter fundos líquidos para depositar à ordem do juízo. Em situações assim, será incumbência do depositário comunicar ao juízo da execução para que este adote a providência que entender cabível ao caso concreto, indo desde a

422BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;"

423BRASIL, *Lei n.º 6.404, de 1976*: "Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. (...) § 4º. Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia." grifou-se.

determinação de desfazimento da penhora, até a de suspensão?" ou mesmo de extinção da execução?".

1.15.6. O provisionamento de encargos do estabelecimento e o pagamento de créditos preferenciais

Nem todas as despesas, cujo nascimento o administrador provoca, são pagas dentro do mesmo mês em que nascem tais obrigações. Algumas delas, justamente por configurarem créditos preferenciais, têm os pagamentos provisionados.

Emprega-se, aqui, a expressão *provisionar* com o significado de *reservar* o numerário, que não será entregue ao juízo da execução. Essa reserva ficará em poder do administrador, que terá a incumbência de efetuar os pagamentos das obrigações respectivas nas suas épocas oportunas.

Essa é a forma encontrada para o administrador não ser responsabilizado por eventual descumprimento à ordem de preferência, de maneira que, agindo assim, reservará a cada período mensal os valores relativos à folha de salários e remunerações diversas (incluindo avulsos e trabalhadores autônomos), mais os encargos que pesam sobre essas remunerações (o que abrange as contribuições a cargo da empresa e também de seus empregados, descontadas dos salários?", e os depósitos ao FGTS). Também terá de reservar os valores dos tributos incidentes sobre as operações que praticar (ISSQN, se se tratar de estabelecimento prestador de serviços, ICMS, se for o caso de celebração de operações de circulação de

⁴²⁴Pelafalta de bens penhoráveis, por exemplo.

⁴²⁵Ante a inércia do exequente, que deixa de promover algum ato que lhe compete, paralisando a ação por mais de 30 dias. Isso pode acontecer com frequência na execução e especificamente quando há a penhora de faturamento, quando, por exemplo, ele deixar de antecipar mensalmente as despesas com a remuneração do administrador e seus auxiliares.

⁴²⁶No concurso universal, as contribuições devidas à previdência social, descontadas dos empregados e retidas pelo executado, não integram seu patrimônio, e, portanto, tornam-se passíveis de restituição; por tal motivo, situam-se fora do concurso, à frente de quaisquer outros créditos, inclusive trabalhistas. Excetua-se o período compreendido entre o Dec.-lei 66/66 e a Lei 8.212/91, durante o qual tais contribuições recebem classificação idêntica à dos tributos federais. Araken de ASSIS, *Do concurso especial de credores no CPC*, p. 275.

mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, e IPI, no caso de operações de industrialização). Caberá ao depositário reservar os valores destinados ao pagamento das contribuições sociais (PIS e COFINS, sobre o faturamento; CSLL, sobre o lucro) e também o Imposto sobre a Renda. Terá de verificar, se for o caso, se a empresa optou pelo regime do lucro presumido ou real, caso em que terá de observar esses critérios na apuração dos tributos.

Depois de deduzidos todos esses valores, o que sobrar poderá ser destinado a sub-rogar-se como garantia ou mesmo para satisfação do crédito do exeqüente. Dessa forma, se existirem embargos pendentes de julgamento, o valor respectivo será recolhido à ordem do juízo responsável pela execução. Não havendo embargos, o credor poderá requerer o levantamento das importâncias, imputando-as em pagamento da dívida?", na forma da legislação aplicável".

Entretanto, ainda que se apure alguma sobra ou fundo líquido disponível, se algum credor preferencial ao exeqüente restar insatisfeito, o administrador terá de primeiro liquidar essa obrigação, *"considerando a ordem das respectivas prelações"*⁴²⁹, para só depois entregar ao juízo da execução o saldo, se houver.

427BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 675. Quando a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas, ou de prestações periódicas, o credor poderá levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositadas, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras da imputação em pagamento."

428Tratando-se de débitos fiscais, a imputação será feita conforme o art. 163, do CTN (BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 163. Existindo simultaneamente dois ou mais débitos vencidos do mesmo sujeito passivo para com a mesma pessoa jurídica de direito público, relativos ao mesmo ou a diferentes tributos ou provenientes de penalidade pecuniária ou juros de mora, a autoridade administrativa competente para receber o pagamento determinará a respectiva imputação, obedecidas as seguintes regras, na ordem em que enumeradas: I - em primeiro lugar, aos débitos por obrigação própria, e em segundo lugar aos decorrentes de responsabilidade tributária; 11 - primeiramente, às contribuições de melhoria, depois às taxas e por fim aos impostos; 111 na ordem crescente dos prazos de prescrição; IV - na ordem decrescente dos montantes."). Se a execução referir-se qualquer outra dívida, a imputação será feita conforme estabelecem os artigos 352 a 355, do Código Civil de 2002 (BRASIL, *Código Civil de 2002 [Lei n.º 10.406, de 2002]*: "Art. 352. A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos. Art. 353. Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo. Art. 354. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital. Art. 355. Se o devedor não fizer a indicação do art. 352, e a quitação for omissa quanto à imputação, esta se fará nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar. Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa.").

429BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 711. Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à

O administrador não poderá pagar créditos preferenciais ante a simples alegação de algum interessado. Para que isso ocorra, faz-se necessária a existência de execução em andamento e penhora sobre o mesmo bem, ou seja, o faturamento?". Para as Fazendas Públicas reclamarem a preferência, terão de igualmente buscar a penhora de faturamento, fazendo com que o administrador seja o mesmo em todas as constrições realizadas. Se não coincidir a figura do administrador judicial nessas múltiplas penhoras, haverá incompatibilidade lógica para se instaurar esse concurso.

preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora."

430Essa conclusão, embora não haja sido encontrado nenhum acórdão afirmando a necessidade de mais de uma penhora de faturamento, é tirada de decisões que tornam esse requisito necessário para instaurar o concurso de preferência, conforme se vê abaixo:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - REQUERIMENTO DE PREFERÊNCIA - Feito por Autarquia Apresentando Crédito Privilegiado. Inexistência de Execução Concomitante e de Penhora Sobre o Mesmo Bem. CPC, Artigos 612 e 711. CTN, Artigo 187. Lei nº 6.830/80 (art. 29, parágrafo único). 1. Impõe-se a existência de prévia execução e penhora sobre o mesmo bem, faltando legitimidade para suscitar privilégio de crédito a quem não demonstre tais pressupostos. Inadmissível a simples intervenção em processo de execução por pessoa que, sem integrar a relação processual, singelamente pedindo, pretenda receber crédito apontado como privilegiado. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso não provido. RESP 165783 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - DJU 25.02.2002, p. 206.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO MOVIDA POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - Penhora. Interesse da Fazenda Estadual. Preferência (arts. 462, 458, 535, I e 11, 612, 711 e 713, CPC). CTN, Artigos 184, 186, 187. Lei nº 6.830/80 (arts. 29 e 30). 1. Inocorrência de contrariedade aos artigos 458 e 535, I e 11, CPC. 2. Inexistente execução fiscal e penhora, a tempo e modo, não exercido o direito de preferência pela Fazenda Pública, na relação processual diversa descabe a sua pretensão voltada à desconstituição da arrematação. 3. Precedentes. 4. Recurso parcialmente conhecido e sem provimento. RESP 169571 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - DJU 25.09.2000 - p. 69.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EXECUÇÃO FISCAL - ART. 711-CPC - CONCURSO DE PREFERÊNCIAS - CRÉDITOS FISCAIS E TRABALHISTAS - MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO - DESTINO DO PRODUTO DA ARREMATÇÃO EM EXECUÇÃO FISCAL - 1. Para fins de instauração do concurso de credores previsto no art. 711 do Código de Processo Civil, devem coexistir execuções de diferentes créditos onde foram realizadas penhoras incidentes sobre o mesmo bem, sendo que a concessão de medida cautelar de arresto incidente sobre bem penhorado em execução também é instrumento hábil para a instauração do concurso de preferências. 2. Os créditos trabalhistas preferem aos fiscais, de modo que, em caso onde se discute o destino do montante obtido com a alienação judicial, nos autos de execução fiscal, de bem arrematado em juízo trabalhista, deve ser reservado valor suficiente para garantir eventual execução dos créditos trabalhistas. AI 2002.04.01.024569-5 - RS - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares - DJU 11.09.2002 - p. 641.

E, entre os créditos preferenciais, não há rateio: paga-se primeiro determinado credor, em detrimento de outros, observando-se a ordem preconizada pelo art. 187, do CTN⁴³¹ 432.

E essa ordem não é vista à luz do registro da constrição, e sim da data da sua realização, quando se trata de analisar a prelação em relação a créditos de igual categoria?",

O crédito tributário prefere a qualquer outro, estando apenas atrás dos trabalhistas?" .

431BRASIL, *Código Tributário Nacional*: "Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pro rata; III - Municípios, conjuntamente e pro rata."

432BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. EXECUÇÃO FISCAL - PREFERÊNCIA REQUERIDA PELO INSS - EXECUÇÃO MOVIDA PELA FAZENDA ESTADUAL - ORGÃO PREVIDENCIÁRIO TAMBÉM EXEQUENTE - MULTIPLICIDADE DE PENHORAS SOBRE OS MESMOS BENS - APLICAÇÃO DOS ARTS. 29, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 6.830/80, E 187, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN - CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS CITADAS - NÃO INCIDÊNCIA DOS ARTS. 612 E 711 DO CPC - RECURSO DESPROVIDO - 1 ex VI legis, os créditos das autarquias da União. No caso do INSS. Preferem aos créditos dos Estados, desde que aquelas tenham já ajuizado execução contra o mesmo devedor e com multiplicidade de penhoras sobre os mesmos bens". "2. Na hipótese, não se aplica ps arts. 612 e 711 do CPC, já que não se discute direito de prelação em face de penhora, mas de preferência entre pessoas de direito público. "3. Como não há rateio, porque o art. 29, I, da LEF não reproduz a expressão *pro rata* constante dos seus incs. II e III, paga-se primeiro, integralmente, a autarquia federal e depois, havendo numerário suficiente, a Fazenda Estadual". "3. O concurso de preferência, a que se refere o parágrafo único do art. 187 do CTN e parágrafo único do art. 29 da LEF, é compatível com nossa Constituição Federal". AI 0118371-1 - (21609) - Paraíso do Norte - 1ª C.Cív. - Rel. Juiz Conv. Airvaldo Stela Alves - DJPR 10.06.2002.

433BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. CONCURSO DE CREDORES - Pluralidade de penhoras. Favorecimento do credor que realizou a primeira constrição e não de quem promoveu o registro no cartório imobiliário. "prior tempore, potior iure. Artigos 612 e 711 do CPC. Agravo improvido AI 1040841-4 - (41498) - Araras - 1ª C. - Rel. Juiz Correia Lima - J. 24.09.2001, Juris Síntese Millennium, jul ago 2003, ementa n." 100230750.

No mesmo sentido: BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. CONCURSO DE CREDORES - Direito de preferência. Credores quirografários. Direito do credor que primeiro penhorou. Inteligência dos arts. 711, 712 e 612 do Código de Processo Civil. Recurso improvido. AI 1013263-3 - (40086) - Presidente Prudente - 3ª C. - Rel. Juiz Itamar Gaino - J. 22.05.2001, Juris Síntese Millennium, jul ago 2003, ementa n." 100229355.

434BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO FISCAL - CREDOR SOLVENTE - PREFERÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOBRE CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO - ART. 186/CTN C/C ART. 711/CPC - NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO - PRELIMINAR REJEITADA - 1. Contendo o traslado elementos suficientes à identificação do advogado do agravado e seu endereço, bem como tendo este suprido a deficiência quanto à procuração outorgada ao seu patrono e sendo os procuradores dos órgãos públicos dispensados da exibição do instrumento do mandato, rejeita-se a preliminar de que o agravo de instrumento não poderia ser conhecido pelo Tribunal a quo. 2. Ressalvados os créditos trabalhistas, o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a sua natureza e o tempo da sua constituição. 3. Na execução contra credor solvente, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução quando não houver título legal de preferência, como é o caso dos créditos tributários. 4. Inteligência dos arts. 186/CTN e 711/CPC. 5. Recurso especial

Esse concurso de preferência dependerá de regular instauração do incidente no seio da própria execução". E pode resultar na prevalência da primeira arrematação, sendo o bem penhorado em várias execuções, para efeito de se apurar o concurso de preferências. O produto da arrematação é que será distribuído segundo a ordem de preferência da constrição e não da alienação judicial do bem".

Como na penhora de faturamento não há arrematação, a disputa verificar-se-á com relação aos depósitos efetuados à ordem do juízo da execução, que, como visto, sub-rogação a penhora na medida em que forem realizados?".

Por fim, a execução de honorários advocatícios não goza dos mesmos privilégios dos créditos trabalhistas. A verba honorária fica logo atrás dos créditos fiscais".

improvido. RESP 189107 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 16.10.2000, p. 298.

435BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EXECUÇÃO - Concurso de credores - Penhora incidente sobre imóvel expropriado - Levantamento do valor depositado na ação desapropriatória por um dos credores - Impossibilidade - Pagamento ao credores com observância da ordem prevista no artigo 711 do Código de Processo Civil e a ser processado perante o juízo da execução - Recurso parcialmente provido. Se existem outras penhoras sobre o mesmo bem, sendo ele insuficiente para pagar a todos os credores, o numerário deverá ser remetido para os autos da execução, processando-se lá o incidente previsto no artigo 711 do Código de Processo Civil, distribuindo-se o produto de conformidade com a anterioridade das penhoras, observadas as preferências previstas no direito material. AI 154.255-5 - Barretos - 8ª CDpúb. - Rel. Des. Celso Bonilha - J. 22.03.2000 - v.u., *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 13042331.

436BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. ARREMATAÇÃO - NULIDADE - DECLARAÇÃO - BEM OBJETO DE PENHORAS EFETIVADAS EM EXECUÇÕES QUE CORREM EM Juízos DIVERSOS, ENSEJADOR DE DUAS ARREMATAÇÕES - PREVALÊNCIA DA PRIMEIRA ARREMATAÇÃO, EMBORA DECORRENTE DA SEGUNDA PENHORA - INAPLICAÇÃO AO CASO DA REGRA PRIOR TEMPORE POTIOR IURE - I. O desfazimento da arrematação, por vício de nulidade, pode ser declarado de ofício ou a requerimento da parte interessada, quando, como no caso, o processo de execução ainda estiver em curso. II. Sendo o mesmo bem penhorado em juízos diferentes, deve prevalecer a primeira arrematação efetivada, mesmo que decorrente de ato constitutivo que não o primeiro. O produto da arrematação é que há de ser distribuído com observância da anterioridade das penhoras, respeitadas as preferências fundadas no direito material. C.P.C. arts. 612, 613 e 711. Interpretação. III. Agravo provido. AI 54.121 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Pádua Ribeiro - DJU 30.06.1988 - RJ, v. 132, p.79.

⁴³⁷ *Em qualquer hipótese, portanto, o dinheiro se encontrará sob a custódia do depositário e contra ele expedirá o juiz o mandado de levantamento (art. 709, parágrafo único), tradicionalmente designado de "elveré".* Araken de ASSIS, *Concurso especial de credores no CPC*, p. 232.

438BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CONCURSO DE CREDITORES - PRIVILÉGIO - No concurso de credores previsto no art. 711 do CPC, o crédito relativo a honorários advocatícios tem privilégio geral (art. 24 da Lei 8.906/94), mas não prevalece os créditos fiscais (que sequer participam do concurso - REsp 86.297/RS) e aqueles aos quais a lei garante prioridade. Recurso não conhecido. RESP 261792 - MG - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 18.12.2000 - p. 205.

1.15.7. O depósito, à ordem do juízo da execução, das sobras ou fundos líquidos que remanescerem em poder do administrador, após efetuar pagamentos que respeitem a ordem legal

Embora essa não seja a obrigação mais importante do depositário, pois ele deve, num primeiro plano, zelar pela conservação do estabelecimento a seu cargo, consiste na que mais interessa ao credor.

O depósito das sobras ou fundos líquidos dependerá da apuração mensal dos resultados da empresa executada. Após o administrador levantar o demonstrativo mensal do qual constarão todas as receitas auferidas e todos os pagamentos efetuados aos mais diversos credores do executado, provisionando ainda a folha de salários e encargos que pesam sobre a mesma, bem como os tributos relativos às operações praticadas sob o seu comando, o que sobrar será depositado, integralmente, à ordem do juízo da execução.

Nesse ponto, o administrador poderá demonstrar a inutilidade da penhora, o que irá acontecer se ficar evidenciado que o resultado obtido não é suficiente para angariar fundos líquidos que suportem o pagamento ao menos das custas da execução=". A mesma situação existirá quando ficar constatado que as sobras não suportam o pagamento dos juros moratórios e atualização monetária da dívida objeto da execução, pois, numa situação dessas a constrição tornar-se-á eterna, o que se conclui pela falta de perspectiva de amortização do capital, haja vista que, num primeiro momento, serão imputados os pagamentos aos juros, para só depois haver a quitação do capital?", a não ser que o exequente se dê por satisfeito e passe a quitação por conta do capital.

439BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 659. Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. § 1º. Efetuar-se-á penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública; caso em que precederá requisição do juiz ao respectivo chefe. § 2º. Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução."

440BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 354. Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital."

1.15.8. A restituição do estabelecimento

A restituição do estabelecimento é obrigação imposta ao administrador, que, tendo de zelar por sua conservação, deve devolvê-lo ao executado em situação semelhante àquela em que o encontrou. Ele fará isso quando a penhora de faturamento encerrar-se, qualquer que seja a causa de seu desfazimento ou término.

A prova dessa situação decorrerá dos balanços que o administrador levantar ao final da constrição, que permitirão uma análise comparativa com os inicialmente apurados. Será admitida, de forma tranqüila, uma diminuição dos resultados ou mesmo patrimonial até o montante equivalente aos depósitos dos fundos líquidos ou sobras que entregar ao juízo da execução.

Caso isso não ocorra, sendo mais elevadas as diferenças, o administrador terá de justificar a diminuição dos resultados ou do patrimônio.

Também não se admite que o administrador abandone o estabelecimento, nem que permita o seu desaparecimento. O encerramento irregular das atividades desviará para o administrador a responsabilidade integral pelo ato, inclusive com as conseqüências daí decorrentes, ou seja, com a responsabilização pessoal de quem, tendo a obrigação de zelar pelo bem, abandona-o à própria sorte. De regra, o executado não poderá, numa situação dessas, ser atingido por ato alheio à sua vontade. Noutras palavras, os administradores nomeados no contrato social ou estatuto não responderão solidariamente pelas obrigações contraídas durante a gestão do depositário, não se aplicando em tal situação o disposto no art. 50, do Código Civil de 2002, que trata da despersonalização da pessoa jurídica em razão de abuso ou desvio de finalidade, salvo se a nomeação judicial pesar sobre eles próprios.

Justifica-se essa posição, dado que, ainda que se cogite a existência de abuso ou desvio de finalidade praticado pelo administrador, o beneficiário não será o sócio ou executado, não sendo possível imaginar uma confusão patrimonial entre os sócios do executado e o depositário, salvo, obviamente, a hipótese de conluio entre eles.

Finalmente, se a penhora beneficia o exeqüente, pois é feita no seu exclusivo interesse, o mesmo responderá pelos danos que a constrição acarretar ao executado. Em tal hipótese, a sua responsabilidade é objetiva. Obviamente, em tal situação, não se cogita a hipótese de dano provocado pelo aparelho judiciário, de modo que, se for essa a situação, a responsabilidade civil irá se deslocar para a figura do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Magna Carta?". Essa última hipótese, por ser muito ampla e escapar aos propósitos deste trabalho, não será abordada.

1.15.9. Outras atribuições do administrador

Nesse momento, surge uma questão que objetiva saber se o administrador teria legitimidade para representar a sociedade em juízo ou se, dentre seus poderes, esse *munus* estaria abrangido, pois o art. 12, inciso VI do CPC afirma peremptoriamente que as pessoas jurídicas serão representadas por quem os estatutos designaram, ou, em caso de silêncio, pelos diretores nomeados.

Para Ovídio A. Baptista da SILVA, ao comentar o referido dispositivo legal, o Código ocupa-se de hipótese em *que a parte se faz presente em juízo por meio de seus órgãos como se o caso fosse de reoresmeção*".

O administrador poderá requerer ao juízo da execução poderes para representar o executado em juízo. Essa situação tem por finalidade precípua a viabilização da realização da maior quantidade possível de receitas. Agindo assim, ele poderá exigir de terceiros, devedores do executado, o adimplemento de obrigações que irão, em última análise, beneficiar o próprio exeqüente. Se a penhora de faturamento atinge o direito de obter fundos líquidos, constringendo o

441BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - EXPEDIÇÃO DE MANDADO JUDICIAL COM ENDEREÇO DIVERSO DAQUELE INDICADO PELO EXEQÜENTE - INDISPONIBILIZAÇÃO DOS BENS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Comprovado nos autos que o autor teve bens disponibilizados pelo prazo de dois meses em virtude de expedição de mandado pela Justiça do Trabalho com endereço diverso daquele indicado pelo exeqüente deve ser reconhecida a responsabilidade do ente estatal a ensejar a indenização reparatória, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Reconhecimento do direito do autor à percepção de danos materiais e morais. AC 1999.71.00.016789-7 - RS - 3ª T. - Relª Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère - DJU 11.07.2001.

442Ovídio A. Baptista da SILVA, *Comentários ao código de processo civil*, v. 1, pág. 96.

estabelecimento como fonte de receitas, terá de haver a permissão para que a concretização de todas as receitas seja realmente efetiva.

Se o administrador, nomeado no contrato ou nos estatutos, perder os poderes de receber e dar quitação, o depositário ficará de mãos atadas se não puder perseguir em juízo a satisfação das dívidas ativas que beneficiam o sujeito passivo da execução, perdendo, por vezes, uma parte considerável das receitas se permanecer inerte ou dependente dos representantes do executado.

A questão relativa aos atos do administrador apresenta-se bem mais complexa, na medida em que se pode focar o assunto por ângulos diferentes.

Pontes de MIRANDA, por exemplo, sustenta que *O depositário judicial está em relação de direito público com o Estado; guarda e administra, segundo princípios de direito público, quer se trate de coisas singulares quer de universalidades*". Se essa afirmação for levada ao pé da letra, a simples aquisição de materiais por parte da empresa, quando administrada pelo depositário, terá de se resolver mediante licitação regida pela Lei n.º 8.666, de 1993.

Obviamente, isso não tem cabimento, pois a intervenção do Estado na empresa através da figura do depositário não a transforma num ente de direito público, o que afasta a incidência do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, e, a reboque, da Lei n.º 8.666, de 1993, que disciplina as licitações em geral.

Não se tem dúvida, entretanto, que a relação travada entre o depositário e o Estado-juiz é de Direito Público, pois existe em razão do processo, que é instrumento voltado para a pacificação de conflitos intersubjetivos.

O administrador não é o *dono da empresa*. Ele apenas a representa, conforme a vontade dos sócios. E aí surge um problema que merece solução: havendo uma pessoa jurídica - uma sociedade por ações - qual o papel dos sócios no caso da nomeação de um depositário judicial? Eles poderão atritar com a conduta ou plano de administração?

Primeiramente, é de se ver que a sociedade estará representada em juízo por quem os estatutos ou contrato social estipular. Assim, tendo havido a apresentação de um plano de trabalho, devidamente homologado pelo juiz, o administrador não poderá depois tentar esquivar-se dos encargos daí decorrentes.

443Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo X, p. 247.

Mas pode acontecer de o depositário praticar atos que podem ser impugnados pelos sócios. Em tal situação, prevalecerá a vontade da maioria representativa do capital, conforme estabelece o art. 1013 do Novo Código Civil.

Quais atos podem ser, então, impugnados pelos sócios? Apenas os que estiverem em desacordo com o plano de administração, a lei e o contrato ou estatutos sociais. Prevalecerá sempre a lei diante de conflitos surgidos na implementação do plano de administração. Assim, o plano será aplicado em detrimento do contrato social, quando com ele conflitar, uma vez que, com a penhora, os interesses que passam a preponderar são os do credor e não mais-temporariamente - os dos sócios.

1.16. A prisão pode ser decretada em relação a qual comportamento do administrador judicial?

Conforme foi assinalado anteriormente, o administrador pode ter sua prisão decretada, sendo legal esse ato, ou seja, não consistindo em constrangimento ilícito sempre que ele houver assinado um termo de nomeação, firmado depois de apresentado e aprovado um plano de administração. Mas a questão central é saber quais de seus atos configurarão a infidelidade do depósito.

E a prisão pode ser decretada tanto em relação ao administrador nomeado pelo juízo da execução quanto ao indicado pelas partes, pois ambos desempenham a mesma função e ainda será possível em relação ao administrador designado no contrato ou nos estatutos sociais do estabelecimento executado, desde que ineludivelmente aceite a incumbência inerente ao depósito.

Qual comportamento do administrador - que fica responsável pela gestão do faturamento do estabelecimento do executado - poderá deflagrar um decreto prisional? Será a recusa em restituir o estabelecimento, quando determinada a sua destituição ou verificado o abandono? Ou será quando houver recusa em realizar os depósitos dos percentuais definidos do faturamento, constantes do plano de administração aprovado?

Essa questão é bastante delicada, na medida em que o administrador assume um conjunto de obrigações e não especificamente a de depositar em juízo valores certos e determinados ou pelo menos determináveis. Aliás, os depósitos efetuados por ele se tornam certos e determinados somente quando apurados os percentuais definidos no plano de administração, pois, antes disso, nem se sabe se existirá ou não faturamento e também se desconhece se as receitas obtidas serão suficientes ou não para suportar pelo menos os encargos dessa penhora.

Há decisões que estabelecem que o encargo assumido obriga o depositário a cumprir, sob pena de prisão, o quanto determinado pelo juízo da execução, ou seja, que ele tem o dever de depositar os valores, dentro dos percentuais fixados no

plano de administração?". Caso ele não o faça, poderá ter privada sua liberdade de locomoção.

Todavia, essas decisões não resistem a uma análise mais detida, se a atividade do administrador for comparada a do síndico na falência,.

O administrador poderá ter a prisão civil decretada apenas se deixar de restituir algum bem ou valor que levar ou mantiver consigo, depois de destituído e, também, quando permanecer no cargo após ser destituído pelo juízo da execução. A destituição, por seu turno, implicará na ruptura de seus compromissos, que passam a ser exercidos por outra pessoa, podendo até mesmo voltar para as mãos do executado. Entretanto, se com a destituição o administrador não sair de suas funções, o juiz poderá adotar sanções mais enérgicas, seja para permitir a restituição do estabelecimento ao executado ou, então, para dar posse ao novo gestor que nomear.

Observa-se, a partir daí, que, na penhora de faturamento; o administrador é compelido a gerir o empreendimento e a depositar periodicamente uma parcela do que sobrar de seu capital de giro à ordem do juízo da execução.

A jurisprudência inclina-se a limitar um teto para esse percentual: 30%⁴⁴⁵.

Mas é preciso, na fixação desse percentual, considerar as condições peculiares de cada caso, principalmente, para preservar a existência da empresa que sofre a constrição?", até porque a execução deve efetuar-se pelo modo menos

444BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS - DEPÓSITO JUDICIAL - EXECUÇÃO - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO - PRISÃO CIVIL - CABIMENTO - PRECEDENTE - ORDEM DENEGADA - AGRAVO DESPROVIDO - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, havendo a penhora sobre o faturamento da empresa, e aceitando a depositária o encargo de depositar em juízo o valor correspondente, não há constrangimento ilegal "na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil". HC 20932 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 16.09.2002, p. 187.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS PREVENTIVO - PRISÃO CIVIL - FATURAMENTO DE EMPRESA - PENHORA - A depositária que aceita o encargo e responsabiliza-se pelo recolhimento do depósito, em juízo, do valor equivalente ao percentual sobre o faturamento da empresa penhorado deve efetuar-lo, não havendo constrangimento ilegal na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil. HC 17528 - SP - 3ª T. - Relª Mina Nancy Andrichi - DJU 04.03.2002, p. 253.

445BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, EXECUÇÃO - PENHORA - 300/0 DO FATURAMENTO MENSAL DA SOCIEDADE - ADMISSIBILIDADE - Desde que não ultrapasse 300/0 da receita bruta, é possível, sempre, que a penhora recaia sobre o faturamento de empresa devedora. AI 686.440-00/6 - 5ª C. - Rel. Juiz Dyrceu Cintra - DOESP 03.08.2001.

446BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - INDEFERIMENTO DE 300/0 DO FATURAMENTO DA EXECUTADA - Inadmissibilidade. Pretensão que encontra amparo nos artigos 671 e 672 do Código de Processo Civil - Limitação da penhora ao

gravoso para o devedor (art. 620, do CPC). Na verdade, não se atinge um determinado percentual das receitas com esse tipo de penhora, haja vista que depois de pagas e satisfeitas as obrigações resultantes de créditos que gozam de privilégios e cumpridos todos os encargos resultantes da própria penhora de faturamento, o que sobrar deve ser entregue ao juízo da execução.

É de se ver então, que a prisão poderá ser decretada toda vez que o administrador deixar de efetuar os depósitos fixados no plano de administração. Não haverá prisão ante a recusa em restituir o estabelecimento, pois:

- a. a nomeação para o encargo pode ser revogada a todo tempo, cessando os seus efeitos de imediato;
- b. o depositário pode ser removido de suas funções mediante o uso até mesmo da força;
- c. e o administrador pode também restituir o estabelecimento, entregando simbolicamente as chaves ao juiz da execução ou até abandoná-lo.

Ainda surge outro problema que pode obstar a prisão do depositário: trata-se da justa causa que o libera de efetuar os depósitos.

Já se teve a oportunidade de dizer que o administrador assume inúmeras obrigações quando desempenha o encargo para o qual é nomeado, podendo todas elas se resumirem numa só tarefa: a de preservação do empreendimento, que será depois restituído ao executado.

Frise-se, então, que ele tem o dever de cumprir a lei e agir corretamente, de modo a não deixar de adimplir as obrigações assumidas frente terceiros, respeitando a ordem de pagamentos de forma a pagar primeiro os créditos que gozam de preferência e depois os demais.

Por outro lado, a penhora de faturamento não poderá impor ao administrador que faça cegamente os depósitos ao juízo da execução, deixando de lado todos os demais compromissos e obrigações que a empresa tem de cumprir para manter-se em funcionamento.

Noutras palavras, para se solucionar um conflito de interesses (ou uma pretensão insatisfeita que justifica o aforamento da execução, em contraposição à

percentual de 100/0, consoante as possibilidades da empresa - Recurso parcialmente provido. AI 147.694-5, São José dos Campos, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Clímaco de Gódoz, j. 24.02.2000, v.U., *Juris Síntese Millennium*, jan fev 2003, ementa n.º 13042783.

pretensão resistida, que autoriza a propositura de uma ação de conhecimento) não se pode permitir que outros surjam, talvez até maiores ou mais graves que o que se busca solucionar com o processo de execução instaurado.

Quer dizer, então, que o administrador terá de pagar as obrigações da empresa, tais como folha de salários, encargos trabalhistas e previdenciários, fornecedores, instituições financeiras, tributos em geral, como os que recaem sobre a produção (ICMS, IPI) ou a renda (IRPJ e CSLL), aluguéis, tarifas de consumo de água e esgoto, energia elétrica, telefone etc., conforme exposto no capítulo que trata da *ordem legal dos pagamentos*, situando, então, o crédito do exeqüente, dentro do rol respectivo.

Na esfera tributária, o administrador, mesmo o nomeado em juízo, responde solidariamente com o contribuinte nos atos em que intervir ou pelas omissões que for responsável (art. 134, inciso II, do CTN). Haverá responsabilidade pessoal dele toda vez que agir com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, do CTN).

Desse modo, o administrador, ao obter as receitas de faturamento, irá deduzir e pagar as obrigações contraídas pela empresa e que surgirem durante a constrição do faturamento. Só depois terá de cumprir a ordem do juízo da execução, sendo legítima a recusa do depósito dos percentuais do faturamento quando os recursos obtidos não forem suficientes para adimplir todas as obrigações da empresa ou, então, impuser a preterição dos créditos que gozam de preferências e privilégios.

Em tal situação, o depositário terá de comprovar documentalmente, inclusive apresentando relatórios e demonstrativos contábeis capazes de evidenciar a insuficiência de recursos que possam ser levados a juízo para assegurar a satisfação da execução.

Observa-se com isso que a penhora de faturamento - se levada à risca e se observados todos os ditames da lei (necessidade da constrição ante a falta de outras alternativas para o credor, nomeação de administrador, apresentação e aprovação de plano de trabalho, cumprimento de todas as obrigações da pessoa jurídica atingida pela execução para - o que sobrar - ser levado à juízo) - na prática, será vista como meio totalmente inviável de satisfação do credor. Basta

argumentar que a empresa que é capaz de cumprir com todas as suas obrigações, provavelmente não sofrerá nenhuma execução, ao passo que a que sofre uma penhora de faturamento dá mostras evidentes de passar por dificuldades, sinalizando a necessidade de implantação de algum plano de recuperação.

Esse ponto, inclusive, parece coincidir com os propósitos verificados no Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, que trata da recuperação judicial da empresa. Todavia, no projeto atualmente em discussão perante o Senado, os objetivos colimados representam o estabelecimento de um concurso de credores, que precisam obedecer à ordem de preferência traçada, ao passo que, na penhora de faturamento, a execução será singular. Entrementes, nem por isso poderá desrespeitar a ordem constante do plano de pagamentos.

No entanto, a justificativa para não efetuar os depósitos pode até parecer razoável, não tendo o administrador de ficar entre a cruz e a espada. Comprovando que adimpliu obrigações válidas e legítimas em nome da empresa executada, respeitando inclusive a ordem de preferência, não sobrando recursos para depositar em juízo, afastará um decreto de prisão, pois faltará justa causa para tanto. Nascerá, então, o constrangimento ilegal se persistir a ordem que pode limitar sua liberdade de ir e vir.

1.17. Roteiro proposto para a efetivação de penhora de faturamento, com algumas vicissitudes

O roteiro proposto para a efetivação da penhora de faturamento pode consistir no seguinte rito, consideradas algumas vicissitudes inerentes a esse procedimento:

- a. após a citação do executado, com auto negativo de penhora, mas acompanhado de descrição circunstanciada dos bens que guarnecem o estabelecimento do devedor, o exeqüente precisará diligenciar a busca de bens penhoráveis, comprovando nos autos, mediante certidões e outros documentos, não ter tido sucesso em sua empreitada;
- b. vê-se, pois, que a providência indicada no art. 659, § 3º, do CPC - a descrição circunstanciada dos bens que forem encontrados no estabelecimento do devedor - precisa ser ultimada, para permitir tanto ao exeqüente quanto ao próprio juiz uma visão adequada da realidade;
- c. não obstante a providência constante do item anterior, o exeqüente deve requerer ao juiz a intimação do executado para indicar ao juiz onde podem ser encontrados os bens *sujeitos à execução*, sob pena de a negativa configurar ato atentatório à dignidade da justiça?", além de, em tese, crime de desobediência;
- d. sendo infrutíferas essas diligências, o exeqüente pedirá ao juiz da execução, numa derradeira tentativa, que expeça ofícios à Secretaria da Receita Federal, para obter cópias das declarações de rendimentos entregues nos últimos 5 anos e também sobre as retenções efetuadas a título de CPMF;
- e. vindo as informações da Secretaria da Receita Federal, o exeqüente, em vez de requerer a suspensão da execução com base no art. 791, inciso III, do CPC, pedirá a penhora do faturamento da empresa devedora. Nessa ocasião, ele já poderá se manifestar dizendo se concorda ou não com a

447BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I - frauda a execução; 11- se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; 111 resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução. (Redação dada ao artigo pela Lei nO5.925, de 01.10.1973)"

- permanência dos administradores (ou o administrador, conforme o caso, pois pode haver apenas um) à frente dos negócios do executado;
- f. o juiz intimará o executado acerca do pedido, determinando-lhe que se manifeste em 10 dias e, dentro desse prazo, se houver concordância com a indicação de seu próprio administrador como depositário, ele terá de apresentar o plano de administração e esquema de pagamentos;
 - g. ficando o executado em silêncio, o juiz determinará que o credor se manifeste, a fim de indicar outra pessoa para o cargo de administrador judicial;
 - h. indicado terceiro como administrador, o juiz mandará intimá-lo a apresentar o plano de administração e esquema de pagamentos, assinando-lhe o prazo de 10 dias para tanto;
 - i. intimado o terceiro, apresentando o mesmo o plano de administração e o esquema de pagamentos, bem como a proposta de honorários mensais e a indicação acerca da necessidade ou da dispensabilidade da contratação de prepostos, o juiz abrirá a oportunidade para as partes se manifestarem em 5 dias;
 - j. ouvidas as partes, o juiz decidirá acerca da nomeação, determinando ao exeqüente o depósito do primeiro mês de remuneração cabível ao administrador e seus prepostos, se indicados, como ainda ordenará a lavratura do termo e a intimação do executado, ordenando a extração de certidão para o administrador promover a averbação no registro competente;
 - k. dessa decisão caberá agravo de instrumento, sendo possível ao prejudicado pedir ao tribunal competente a concessão de antecipação liminar da tutela recursal. Pode ocorrer de o exeqüente atacar a decisão para discutir a remuneração, apenas, do administrador, caso em que terá de aguardar uma decisão definitiva do Tribunal competente para a penhora efetivar-se, pois o depósito prévio dos salários aparece como pressuposto de procedibilidade. Poderá, entretanto, pedir a concessão de efeito suspensivo ao agravo, a fim de obstar o encerramento da execução por sua eventual contumácia e também para sustar o andamento do processo, quando, então, não fluirá nenhum prazo prescricional;

- l. da intimação ao executado, se iniciará o prazo para a apresentação de embargos, se se tratar de ação de execução fiscal ou, então, da juntada ao processo do respectivo mandado cumprido, quando for a execução de título judicial ou extrajudicial;
- m.a apresentação de embargos não interrompe as atividades do administrador, que prosseguirá com a apuração de fundos líquidos ou sobras para entregar ao juízo da execução;
- n. se o administrador constatar que a penhora assim realizada não produz resultados capazes de suportar sequer as despesas com o processo, levará esse fato ao conhecimento do juiz, para que a constrição seja desfeita;
- o. percebendo o administrador o estado falimentar do executado, também levará esse fato ao conhecimento do juiz, para que, se for de interesse do credor, ele requeira a falência do devedor, podendo, todavia, pedir, se o preferir, a suspensão da execução com fundamento no art. 791, inciso III, do CPC;
- p. o administrador levantará um balanço geral na data em que for investido em suas funções e a partir de então ficará responsável pela escrituração dos livros da empresa executada;
- q. mensalmente, o administrador terá de prestar contas ao juízo da execução, apresentando balancetes de verificação. As partes terão oportunidade para se manifestar desses atos;
- r. ao final da penhora, quando o juiz ordenar a restituição do estabelecimento ao executado, o administrador levantará novo balanço geral, nos termos da lei, para comprovar o estado em que esse bem é devolvido;
- s. se a penhora perdurar por mais de um ano ou se ultrapassar 31 de dezembro de cada ano, o administrador terá de cumprir as determinações constantes da legislação aplicável ao tipo societário, inclusive prestando contas ao juízo da execução até o último dia do quarto mês de cada ano;
- t. se o administrador não entregar os fundos líquidos em seu poder ou deixar de restituir o estabelecimento ao executado ou não entregá-lo a quem o juiz determinar, poderá ter a liberdade de locomoção restringida mediante prisão civil;

- u. o administrador que não conservar o estabelecimento responderá pelas perdas e danos que acarretar;
- v. o executado terá ação contra o exeqüente, quando a penhora de faturamento acarretar-lhe prejuízos, para haver a indenização cabível, tendo de demonstrar o dano e o nexos causal entre esse evento e a conduta do administrador.

1.18. As causas de encerramento e levantamento da penhora de faturamento

A penhora de faturamento deve ter um fim dentro de um prazo razoável assinado pelo juiz, não podendo perpetuar-se, pois isso implicaria admitir uma penhora inútil, incapaz de gerar recursos para a satisfação dos encargos da execução, não servindo para cobrir as despesas com o processo nem os juros moratórios e atualização da dívida.

Inúmeras são as causas que podem deflagrar o seu fim, dentre os quais podem ser citados as seguintes:

- a. o depósito à ordem do juízo de fundos líquidos correspondentes ao débito exequente, incluindo principal e encargos;
- b. a substituição da penhora por fiança bancária;
- c. a substituição da penhora por outros bens, que bastem à execução;
- d. a impetração de concordata pelo executado; e
- e. a decretação da falência do executado.

Essa relação é meramente ilustrativa, podendo existir outras situações que exijam o término da constrição como, por exemplo, a inércia do credor em promover o regular andamento do processo?", a prescrição intercorrente que fulmina o próprio crédito, o acolhimento dos embargos opostos pelo executado etc. Entretanto, o trabalho' irá limitar-se a analisar as hipóteses acima mencionadas.

a) O *depósito, à ordem do juízo, de fundos líquidos correspondentes até ao valor do crédito do exequente, incluindo principal e encargos e a prestação de fiança bancária*. Essa hipótese equivale à mesma situação descrita no art. 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária. Conforme observa José Frederico MARQUES, a substituição da constrição não configura nova penhora+".
No caso, haverá sub-rogação da penhora de faturamento pela de dinheiro.

448Uma situação que já foi anotada, que resultará na extinção do processo por contumácia do exequente, consiste no fato de não adiantar, mensalmente, as despesas com a remuneração do administrador e seus auxiliares.

449José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 194.

Havendo valores disponíveis à ordem do juízo, capazes de suportar o adimplemento da obrigação principal e acessórios, não existirá mais justa causa para a manutenção da penhora de faturamento, haja vista que, havendo ou não embargos ou sendo estes deduzidos, mas julgados improcedentes, o credor poderá ser integralmente satisfeito, estando de qualquer modo ao menos integralmente garantido pelos depósitos que lhe favorecem.

O mesmo acontecerá com a fiança bancária: uma vez prestada, cessará a constrição sobre qualquer bem.

Numa e noutra hipótese, a cessação da penhora de faturamento consistirá em direito inarredável do executado, não podendo o exeqüente se opor..

b) A impetração de concordata preventiva e a decretação da falência do executado. A concordata e a falência aparecem como causas supervenientes que precisam ser levadas em conta pelo juiz, conforme determina o art. 462, do CPC⁴⁵⁰, sendo aplicável esse dispositivo ao processo de execução por força do art. 598, do mesmo Código⁴⁵¹.

Não será possível manter a penhora de faturamento em caso de impetração de concordata, porque isso implicaria a possibilidade de quebra da chamada *par conditio creditorum*, funcionando a constrição como mecanismo para burlar a ordem de preferência no adimplemento de créditos sujeitos ao favor deferido ao empresário. Aliás, a atual Lei de Falências determina a suspensão das execuções sujeitas à moratória".

450BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. (Redação dada ao artigo pela Lei nº5.925, de 01.10.1973)"

451BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento."

452BRASIL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 161. Cumpridas as formalidades do artigo anterior, o escrivão fará, imediatamente, os autos conclusos ao Juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da Lei, ou não vier devidamente instruído, ou quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude, declarará, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, aberta a falência, observando o disposto no parágrafo único, do artigo 14 desta Lei. (Redação dada ao "caput" pela Lei nº 7.274, de 10.12.1984) § 1º. Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que: I - mandará expedir edital de que constem o pedido do devedor, a íntegra do despacho e a lista dos credores a que se referem os incisos V e VI do parágrafo único do artigo 159 desta Lei, para que seja publicado no órgão oficial, nos termos do § 2º do artigo 206, e mantido no Cartório à disposição dos interessados; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 7.274, de 10.12.1984) II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata;"

Além disso, a penhora de faturamento pode retirar do empresário a administração do estabelecimento ou, pelo menos, ele pode ter seu comportamento totalmente voltado e condicionado para a produção de resultados destinados à segurança do juízo da execução. Isso, certamente, não se compatibiliza com a idéia de manutenção e recuperação da empresa quando se requer a concessão de moratória. Assim, a penhora de faturamento funcionará como ingrediente que terá por efeito minar as forças do estabelecimento, a ponto mesmo de impedir o cumprimento da concordata. Daí, há uma incompatibilidade lógica entre a sua manutenção, beneficiando um credor apenas, e a instauração de um processo que visa a recuperação do negócio.

Por seu turno, a falência⁴⁵³ aparece como causa superveniente de encerramento da penhora de faturamento não por causa da questão relativa à ordem de preferência nos pagamentos, mas em razão de haver a necessária transferência da administração do estabelecimento para uma única pessoa, qual seja, o síndico⁴⁵⁴?. Se a concordata impede esse tipo de penhora pela impossibilidade de existência simultânea de dois administradores ou de um só, mas com dupla finalidade (pagamento dos credores da moratória e apuração de fundos destinados à garantir a execução, que beneficia outro credor, isoladamente), na falência há o encerramento das atividades, embora haja a possibilidade de continuidade, conforme estabelece a lei atuar⁴⁵⁵.

453BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE 30% DO FATURAMENTO DA EMPRESA - SUPERVENIÊNCIA DE FALÊNCIA - PERDA DO OBJETO - CAUTELAR PREJUDICADA - PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS - INDEFERIMENTO - 1. Decretada a falência da empresa ora Requerente, que, assim, deixou de dar continuidade às suas atividades comerciais, esvaziou-se o objeto principal da ação, qual seja, a penhora que recaía sobre o faturamento, pelo que resta prejudicada a análise da medida cautelar. 2. Na hipótese dos autos, a tese levantada pela Requerente encontraria respaldo na jurisprudência desta Corte. Com a superveniente falência da empresa executada, não há, nesta ação cautelar, vencedor ou vencido, tampouco se pode afirmar que a perda do objeto foi provocada pela Requerente. Logo, a repartição igualitária entre as partes das despesas com o processo é de rigor. 3. Medida cautelar extinta, sem o julgamento do mérito. MC 291 - RS - 2ª T. - Rel" Mina Laurita Vaz - DJU 18.02.2002 - p. 277.

454NoProjeto de Lei n.º 4.376, de 1993, a figura do síndico é substituída pela do administrador judicial.

455BRASL, *Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 1945)*: "Art. 74. O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico. § 1º. A continuação do negócio, salvo caso excepcional, a critério do juiz, somente pode ser deferida após o término da arrecadação e juntada dos inventários aos autos da falência. § 2º. O gerente, cujo salário, como os demais prepostos, será contratado pelo síndico mediante aprovação do juiz, ficará sob a imediata fiscalização do síndico e lançará os assentos das operações em livros

Não obstante esse argumento, na penhora de faturamento, objetiva-se a preservação do estabelecimento. Na falência, o que se quer num primeiro plano é a liquidação da empresa, com a realização do ativo para cumprimento do passivo, a despeito de a lei prever a possibilidade de continuação das atividades do falido. A propósito, Nelson ABRÃO nos revela que a continuidade prevista na Lei de Falências em vigor, não tem como única finalidade a apuração do ativo, visando mesmo a sobrevivência da empresa. Ele afirma:

E o legislador brasileiro, como que intuindo com aguda penetração a importância da preservação da empresa, que viria a ser proclamada pelas legislações e doutrinas hodiernas, sempre concebeu o instituto da continuação do negócio como atividade de administração, visando a ampla finalidade da sobrevivência da empresa, e não de mero e unilateral meio de apuração do ativo para escopo solutório dos credores, uma vez que o tem inserido no título referente à "guarda dos bens" - na lei atual encontra-se sob esta rubrica, imediatamente seguinte ao título do "administração", com o qual mantém íntima conexão, e do qual é mesmo um complemento lógico. Coerente mostrou-se o legislador brasileiro, porquanto sua concepção ontológica da continuação do negócio, dentro do aspecto teleológico orientado à preservação da empresa, veio a ser, pelas mais modernas construções jurídicas relativamente à recuperação desse organismo, ratificada. Não se limitando ao restrito fim de satisfação dos credores, mas projetando-

especiais, por este abertos, numerados e rubricados. § 3°. O gerente assinará, nos autos, termo de depositário dos bens da massa que lhe forem entregues, e de bem e fielmente cumprir os seus deveres, prestando contas ao síndico. § 4°. As compras e vendas serão a dinheiro de contado; em casos especiais, concordando o síndico e o representante do Ministério Público, o juiz poderá autorizar compras para pagamento no prazo de 30 dias. As vendas, salvo autorização do juiz, não poderão ser efetuadas por preço inferior ao constante da avaliação. § 5°. O gerente recolherá, diariamente, ao estabelecimento designado para receber o dinheiro da massa (artigo 209), as importâncias recebidas no dia anterior, e, no fim de cada semana, apresentará, para serem juntas aos autos, que se formarão em separado: I - as relações das mercadorias adquiridas e vendidas e respectivos preços, caracterizando os negócios que, na conformidade do parágrafo anterior, tiverem sido feitos a prazo; II - a demonstração das despesas gerais correspondentes à semana, inclusive aluguel e salário de prepostos. § 6°. O juiz, a requerimento do síndico ou dos credores, ouvido o representante do Ministério Público, pode cassar a autorização para continuar o negócio falido. § 7°. Cessará a autorização se o falido não pedir concordata no prazo do artigo 178, ou, se o tiver feito, quando julgado, em primeira instância, a seu pedido."

se na transcendental esfera de preservação da empresa, é que concebemos a continuação do negócio. ⁴⁵⁶

Essa lição deixa claro que realmente há um estado falimentar, experimentado pelo devedor que sofre a penhora de faturamento, conforme alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que taxa a figura de *falência cemutteo*”, Todavia, a penhora não deflagra um concurso universal, como acontece com a falência.

E, como já falado, uma vez encerrada a constrição, o administrador terá de entregar a quem de direito o estabelecimento, seja restituindo-o ao executado ou, então, ao síndico, se instaurado o concurso universal de credores.

⁴⁵⁶Nelson ABRÃO, *A continuação do negócio na falência*, p. 91.

⁴⁵⁷Consultem, a respeito, os acórdãos já citados neste trabalho: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAGA 289S44-SP, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 17.02.2003, p. 224; ADRESP 275954-RJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.03.2002, p. 189.

1.19. Aspectos relacionados à responsabilidade civil na penhora de faturamento

A penhora de faturamento expõe o executado a riscos, mesmo porque transfere-se a outrem os cuidados e funções exercidas pelos administradores contratualmente eleitos, responsáveis pela gestão do estabelecimento.

Em função da existência desses riscos é que se passa a analisar alguns aspectos da responsabilidade civil que toca ao administrador judicial e ao exeqüente. Na expressão de Humberto THEODORO JÚNIOR,

Em matéria de responsabilidade civil, tem-se como pressuposto, a repulsa pelo direito de toda conduta lesiva aos bens alheios. Parte-se de existência de dois compartimentos na fundamentação do dever de reparar o dano injusto, que são:

a) um dever ético (natural) de não lesar a outrem (neminem laedere); e

b) um dever jurídico de cumprir as obrigações livre e validamente contraídas.

A violação de qualquer desses deveres é ato ilícito (contratual ou extracontratual), que gera a mesma consequência jurídica: a responsabilidade civil, que consiste na sujeição do agente a recompor a situação do ofendido prejudicada pelo ato ilícito.

*O fenômeno da responsabilidade civil não se confunde com a obrigação primária traduzida na obrigação genérica de não lesar ou na obrigação especial instituída pelo contrato. É do descumprimento da obrigação primária que nasce uma nova obrigação, a de recompor o patrimônio afetado pelo dano oriundo do ato ilícito.*⁴⁵⁸

458 Humberto THEODORO JÚNIOR, *Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil/- execução - penhora e questões polêmicas.*

O administrador judicial, como visto, necessita zelar pela manutenção do estabelecimento, agindo com o mesmo *cuidado e diligência com o que lhe pertence*", Exige-se dele esse comportamento cauteloso, próprio, no dizer da lei, do *homem ativo e probo*, pois a mesma incumbência é dada aos administradores contratualmente nomeados=".

Pode acontecer, então, que a penhora de faturamento provoque prejuízos ao executado, seja reduzindo-lhe o patrimônio?" ou então fazendo decrescer consideravelmente suas atividades durante a coação ou quando da retomada do negócio, não sendo mais possível reequilibrá-las para manter o estabelecimento. A primeira hipótese refere-se a situação caracterizadora de dano emergente, enquanto a segunda, a lucros cessantes.

E esses prejuízos poderão advir das atividades do administrador nomeado pelo juízo da execução ou do exequente.

A apuração das responsabilidades e a fixação da indenização dependerá, contudo, da instauração de processo autônomo e adequado, em que, requerendo uma tutela condenatória, o ofendido pleiteará a reparação do dano' em suas extensões e desdobramentos?", não ficando descartada a hipótese de se requerer pagamento a título de ressarcimento de dano moral, encontrando-se na jurisprudência um caso de condenação a esse título pelo simples recebimento de intimação indevida, comunicando a realização de uma penhora?".

459BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante."

46°BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios."

461Não se pode perder de vista que a existência de bens no patrimônio do executado desaconselha a realização dessa penhora. Todavia, eles podem ser insuficientes para garantir a execução, de sorte que a diminuição patrimonial será observada em relação aos decréscimos de bens dos ativos do executado, os quais, para se falar em dano emergente, necessitam ser superiores aos valores extraídos do estabelecimento e depositados à ordem do juízo da execução.

462Nessa perspectiva, a ação de responsabilidade civil é uma ação condenatória, pois seu objetivo é acertar (definir) a existência do direito do ofendido a uma certa prestação reparatória da lesão que lhe provocou o ofensor e, também, a condená-lo a realizar dita prestação. Se o responsável assim reconhecido pela sentença não cumprir espontaneamente a prestação, contra ele poderá a vítima instaurar o processo de execução (*ecuo iudicati*), cujo procedimento será o de "execução por quantia certa". Humberto THEODORO JÚNIOR, *Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil- execução - penhora e questões polêmicas*.

O prazo prescricional dessa ação é, de acordo com o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, de 3 anos contados da ciência do ato ou fato⁴⁶⁴. Essa regra, entretanto, não tem efeitos retroativos, ou seja, vale apenas para os danos nascidos a partir de 11 de janeiro de 2002, quando entrou em vigor o novo Código Civil, ao passo que as situações disciplinadas pelo Código Bevilácqua, de 1916, o prazo é maior: 20 anos?". Devem ser observadas, ainda, as seguintes regras de transição, relativas à prescrição: a) se, na data da entrada em vigor do Código Real, já havia transcorrido pelo menos metade do prazo, mais um dia, o prazo prescricional será o do Código antigo; b) se, ao contrário, houve o transcurso de metade ou menos do prazo, a prescrição ocorrerá ao cabo de 3 anos do início da vigência desse novo Código⁴⁶⁶.

1.19.1. A responsabilidade civil do administrador

A responsabilidade do administrador acha-se regulada pelo Código de Processo Civil, no artigo 150⁴⁶⁷. Conforme anota Vicente GRECCO FILHO, *A função do depositário é indelegável e personalíssima. Ele pode ter empregados ou prepostos que o auxiliem, mas a responsabilidade é sempre sue*:"

463BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: RESPONSABILIDADE CIVIL - Intimação de penhora feita em nome de pessoa que não integrava o pólo passivo da execução. Dano moral. I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. II - Na espécie, o valor da verba indenizatória foi estipulado, com observância das circunstâncias do caso concreto, não se podendo alterá-lo sem reexame da prova dos autos (Súmula n07). III - Recurso especial não conhecido. RESP 332589-MS, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 15.04.2002.

464BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil;"

465BRASIL, *Código Civil de 1916*: "Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e, entre ausentes em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas. (Redação dada ao artigo pela Lei n02.437, de 07.03.1955)"

466BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 2028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

467BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo."

468VicenteGRECCO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 76.

Além de ser possível decretar a sua prisão se constatado o descumprimento de obrigações inerentes ao depósito judicial?", poderá ser chamado a indenizar tanto ao credor quanto ao executado se deixar, por exemplo, perecer a coisa sob sua guarda, conforme o dano provoque lesão a um ou a outro partícipe da relação jurídico-processual. Exemplificando, surgirá a responsabilidade do administrador quando o mesmo não tomar as medidas adequadas para buscar a efetivação das receitas, permitindo, por exemplo, ante a sua própria inércia, que os créditos e títulos pertencentes ao executado prescrevam.

E a jurisprudência mais atual tem se inclinado em não admitir a prisão civil do depositário quando este se descuida apenas da conservação da coisa, não deixando, entretanto, de guardá-la consigo. Mas, ainda que não fique configurada a infidelidade do depósito em casos tais, a reparação civil será de riqor".

1.19.2. Aspectos da responsabilidade civil e ônus processuais do exeqüente

A execução processa-se em benefício do exeqüente e de ninguém mais. Esse adquire, pela penhora, a preferência sobre os bens que são atingidos pela constrlção",

469BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. DEPOSITÁRIO JUDICIAL - Descumprimento. Prisão. O depositário judicial, que descumprir ou mal cumprir seu encargo, pode ter sua prisão decretada nos próprios autos em que se constituir o encargo. (CPC, art. 150, e Súmula/STF 619). Não há ilegalidade na decisão que, em tal caso, decretar a prisão do depositário judicial infiel. HC 98.03.006426-6 - SP - 1ªT - Rel. Juiz Oliveira Lima - DJU 09.06.1998.

47ºBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - DEPOSITÁRIO DE BEM PENHORADO: RESPONSABILIDADE E SANÇÃO - 1. O depositário de bem penhorado, em processo de execução, age como auxiliar do juízo e assume responsabilidade ex vi legis. 2. Descumprida a obrigação de guarda do bem, o qual deve ser apresentado pelo depositário quando intimado para tal, resta-lhe a alternativa de fazer o depósito do valor equivalente, sob pena de ser declarado infiel e, como tal, sancionado com a prisão civil. 3. Se o depositário descumprir a obrigação de conservar o bem, não há como imputar-lhe a qualificação de infiel. 4. Sendo apenas desidioso, a sanção que se impõe é a indenização por perdas e danos. Inteligência dos artigos 148 e 904 do CPC. 5. Recurso especial não conhecido. RESP 133600 - SP - 2ª T. - Relª Mina Eliana Calmon - DJU 04.12.2000 - p. 57.

471BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (artigo 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados."

Ele tem o ônus de adiantar todas as despesas relativas aos atos que requerer. Isso abrange não só a primeira remuneração mensal do administrador, fixada nos moldes do art. 149, do CPC⁴⁷², bem como os gastos que ele estimar para a realização da gestão. O exeqüente terá, então, de pagar não só o primeiro mês de remuneração, como também as demais prestações destinadas a esse fim e que forem devidas no curso da execução. Esse ônus decorre do texto do art. 19, do CPC. Tais adiantamentos poderão ser mensais, devendo ser feitos na medida em que perdurar a penhora de faturamento ou, então, de uma só vez, estimando-se, nessa última hipótese, o valor total em função do tempo previsto para a coação perdurar. Mas o pagamento dessa despesa num só lance será feito quando isso se revelar conveniente e viável em relação ao caso concreto.

Se o exeqüente não adiantar essas despesas, ele colocará obstáculos à continuidade da penhora de faturamento, podendo, se perdurar por mais de 30 dias a sua inércia, acarretar a extinção da própria execução por contumácia?",

Mas, além disso, o exeqüente tem responsabilidade pelos danos que acarretar ao executado.

A sua responsabilidade é objetiva, de forma que não se discute, quando surgem danos ao executado, acerca da demonstração de culpa, bastando a verificação do nexos causal e do dano propriamente dito. Aliás, o enfoque à responsabilidade do exeqüente deve ser feito a partir do dano. Assim, se, por exemplo, for provocada a falência do executado em virtude de indevida penhora de faturamento, reconhecendo-se a constrição incabível na espécie ou, então, quando a execução for instaurada com base em título sem eficácia executiva, sendo nula em tal hipótese ou, ainda, se o estabelecimento tiver indevidamente encerradas as suas atividades por essas causas, o exeqüente responderá pelo ressarcimento.

472BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. PENHORA - Incidência sobre o faturamento do devedor. Deferimento, sob a condição de que o credor (professor do ensino fundamental) assumo o ônus de depositário-administrador, previsto nos arts. 677 e 678 do CPC. Inadmissibilidade. Necessidade de a nomeação recair sobre pessoa tecnicamente habilitada. Determinação de escolha de pessoa da confiança do juiz, mediante remuneração a ser fixada nos moldes do art. 149 do CPC. Recurso provido, com observação. AI 1030241-1-(40983)-São Paulo -12ª C. - Rel. Juiz Matheus Fontes, J. 04.09.2001, *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 100230246.

473BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;"

Uma linha de defesa que se pode adotar quando demandado o exeqüente, consiste em demonstrar que o dano seria inevitável, ainda que a penhora de faturamento não se realizasse.

O exeqüente responde, de qualquer modo, pelos atos do administrador. Faz isso não em razão de um suposto vínculo de subordinação entre um e outro, mesmo porque o administrador judicial está vinculado diretamente às ordens do juízo, não existindo dependência alguma, ao menos na relação processual, com o credor. Mas isso não afasta o ônus que o exeqüente tem de fiscalizar a condução dos negócios a cargo do administrador para se inteirar do que ocorre no estabelecimento penhorado.

Justamente por a execução beneficiar o credor, esse responde pelos danos que possam advir do processo instaurado contra o executado.

2. Segunda parte

2.1. Meios de impugnação da penhora de faturamento

O executado pode impugnar a penhora de faturamento, seja alegando a nulidade da constrição nos próprios autos da execução, seja manejando os recursos cabíveis.

Contudo, precisa ser assegurada ao devedor uma efetiva oportunidade de manifestação antes da penhora de faturamento concretizar-se, para que, à vista do requerimento justificado do exeqüente, apresentado depois de esgotadas todas as chances de uma penhora eficiente, impugne tal pretensão. A gravidade dessa medida exige referida cautela, pois com a sua efetivação suprime-se o corpo da empresa, com a entrega do estabelecimento a um administrador. Se o juiz impedir ou olvidar a manifestação do executado antes de ordenar a penhora de faturamento, atingirá em cheio os princípios do contraditório e da ampla defesa, elevados a cânones constitucionais.

Seria o caso, então, de colocar uma parcela de cognição no processo de execução, ficando limitada a verificar o esgotamento das buscas por bens penhoráveis para aquilatar a admissibilidade da penhora de faturamento.

De qualquer modo, vale notar que, conforme anota a doutrina, os embargos não se apresentam como meio adequado à discussão dessa constrição, pois a ação incidental não está voltada ao debate da penhora, mas contra a própria execução. Conquanto a doutrina esteja nesse sentido, a jurisprudência tem acolhido as alegações de vícios da penhora, argüidos por intermédio de embarcos?".

474BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - IMÓVEL - BEM DE FAMÍLIA - EMBARGOS - PROCEDÊNCIA - PRELIMINAR - PENHORA - DESCONSTITUIÇÃO - ACÓRDÃO - NULIDADE NÃO VERIFICADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO - ART. 20, § 4º, DO CPC - I. Não padece de nulidade acórdão que resolve a controvérsia fática, apenas que desfavoravelmente à pretensão do recorrente. 11.Desconstituída a penhora com o acolhimento de preliminar nos embargos à execução, a verba honorária deve ser fixada com base no § 4º do art. 20 do CPC. 111Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. RESP . 392341 - DF - 4ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho Junior - DJU 15.04.2002, p. 231.

No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - NULIDADE,DA PENHORA - BENS IMPENHORÁVEIS - LEI 8.009/90- CABIMENTO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - 1. Sabendo-se que a questão da impenhorabilidade de bens é matéria de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo ou instância, não há impedimento para que, em sede de embargos à execução, seja reconhecida a nulidade da penhora de bens de família, atingidos pela Lei 8.009/90, exacerbando o formalismo em detrimento do fim social da Lei. 2. Precedentes deste e. TRF da 1ª Região e do Colendo Superior Tribunal de Justiça. 3.

Sabe-se que os embargos suspendem o curso da execução?", mas eles não afetarão de imediato a penhora de faturamento, que somente será desconstituída se e depois de acolhida a ação incidental.

Pode-se afirmar que, uma vez suspensa a execução, seriam nulos todos os atos acaso praticados pelo administrador, com a sustentação do vício em razão do art. 793, do CPC⁴⁷⁶. Isso não é cabível, pois, durante a suspensão, conforme anota Humberto THEODORO JÚNIOR, subsistem os efeitos do processo, incluindo os penhora e do depósito?". Não teria lógica a paralisação das atividades do administrador, pois isso equivaleria a não dar efeito algum à própria constrição que gerou a sua nomeação.

Embora seja proibida a prática de atos durante a suspensão da marcha processual, ficando obstada também a fluência de prazos, salvo, obviamente, o da

Para fixação da verba honorária, devem ser observados os parâmetros estabelecidos pelo art. 20, § 4º, do CPC. 4. Apelação da CEF parcialmente provida, tão somente, para reduzir a verba honorária. AC 33000100484 - BA - 6ª T. - Relª Desª Fed. Maria do Carmo Cardoso - DJU 28.04.2003 - p. 261.

Admitindo a discussão da nulidade sem a necessidade de interposição de embargos: BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. EMBARGOS A EXECUÇÃO - PENHORA - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE - BEM CONSTRITO PERTENCENTE A TERCEIRO - CABIMENTO - Cuidando-se a penhora de ato imprescindível à continuidade do processo executório, inclusive de condição necessária à oposição de embargos pelo devedor, admissível a argüição da nulidade da constrição pelo próprio executado, sem a intervenção do adquirente, não passando ao largo posicionamento de que a matéria pode ser apreciada até mesmo de ofício. Ap. c/ Rev. 619.581-00/1, 5ª C., Rel. Juiz Francisco Thomaz, DOESP 05.04.2002.

Admitindo a discussão da penhora, sem embargos, desde que haja prova documental: BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ARGÜIÇÃO A QUALQUER TEMPO - POSSIBILIDADE - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA, NÃO SUJEITA A PRECLUSÃO - PENHORA - NULIDADE - BENS PENHORADOS, OBJETO DE HIPOTECA EM DECORRÊNCIA DE CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 69 DO DECRETO-IEI 167, DE 14 DE FEVEREIRO DE 1967 - PROVA EXCLUSIVAMENTE DOCUMENTAL - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - CABIMENTO DA EXCEÇÃO - 1. Se houvesse necessidade de ampla dilação probatória, sobretudo a produção de prova testemunhal ou a realização de prova pericial, só através dos embargos à execução seria possível ao devedor deduzir sua defesa. 2. Todavia, pretendendo o executado comprovar a nulidade da penhora mediante prova exclusivamente documental, pré-constituída, e tratando-se de matéria de ordem pública, nada impede que o faça nos próprios autos de execução, através de simples petição. Recurso conhecido e provido. AI 0158736-4 - (13388) - 4ª C.Cív. - Rel. Juiz Fernando Wolff Bodziak - DJPR 17.11.2000.

475BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte quando recebidos os embargos do devedor (artigo 739, § 2º); (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994)"

476BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 793. Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes (Redação dada ao artigo pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)"

477Humberto THEODORO JÚNIOR, *Processo de execução*, p. 437.

própria suspensão?", é correto dizer que a lei admite a prática do que E. D. Moniz de ARAGÃO chama de *atos acautelatórios*, pois *O perigo decorrente da demora, portanto, autoriza qualquer atuação cautelar que vise a obstar dano itreoverévet*". Os atos conservativos ficam autorizados no curso da execução, podendo estar nesse meio os que o administrador praticar visando a manutenção do estabelecimento.

Daí, mesmo embargada a execução, o administrador prosseguirá nas suas funções, seja porque as suas atividades são inerentes à penhora e ao depósito, cujos efeitos perduram ou, então, porque a finalidade de sua nomeação é justamente a conservação do bem penhorado.

Pode ocorrer, entretanto, que o executado, ao interpor os embargos à execução, requeira a antecipação de tutela, para, com isso, tentar recuperar a administração do negócio e afastar, então e liminarmente, o depositário do estabelecimento atingido pela coação judicial.

Como os embargos consistem em verdadeira ação que o devedor tem contra o credor"; fica a idéia da possibilidade de se formular o pedido de antecipação de tutela.

Além de se caracterizarem como ação, os embargos aparecem, de regra, com efeitos constitutivos preponderantes, se obedecida a classificação quinária das ações em relação à eficácia das sentenças, proposta por Pontes de MIRANDA⁴⁸¹. Visam, então, desconstituir o título (efeito constitutivo negativo), o que admite uma análise quanto à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela.

⁴⁷⁸1. *Suspensão e interrupção do processo* - A suspensão do processo também poderá acarretar a dos prazos, inclusive peremptórios, como no caso de morte do réu, quando esta se verificar no curso do prazo para contestar, por exemplo. Uma vez suspenso o processo, proibida restará a prática de qualquer ato, a não ser aqueles considerados urgentes para evitar danos irreparáveis (CPC, art. 266); e não havendo prática de ato, é claro que não haverá prazo a ser cumprido, a não ser o da própria suspensão. Fábio GOMES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 188).

479E.D. Moniz de ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, v. 2, p. 491.

⁴⁸⁰S embargos do executado são, pois, ação, em que o executado é autor e o exequente é réu; mais precisamente, a ação incidente do executado visando anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executória. (Enrico Tullio LIEBMAN, *Processo de execução*, p. 262). Essa concepção é aceita de modo geral, conforme enfatiza Araken de ASSIS: "Como quer que seja, a idéia de que os embargos constituem ação incidente à execução é universal." (*Manual do processo de execução*, p. 928).

⁴⁸¹Assentenças, como as ações, podem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. A força, que tem, é que as classifica. (*Tratado das ações*, tomo I, p. 173).

João Batista LOPES leciona que *As ações constitutivas contêm, além da carga declaratória de toda sentença, um plus: a alteração de um estado ou de uma relação iurtaice*". Ele assevera ainda que a eficácia constitutiva depende da declaratória, dizendo que não se pode antecipar nem a declaração, nem a constituição, positiva ou negativa. O que se antecipam são os efeitos, não a eficácia?",

Daí, é possível concluir que a antecipação de tutela nos embargos terá de almejar um efeito que a sentença de mérito poderá atingir, não consistindo apenas em suspender o andamento da execução?", pois a suspensão já se opera com o recebimento da ação incidental?", embora possa ser apenas parcial?".

Dessa forma, a antecipação de tutela pode ser requerida em sede de embargos?", até porque o art. 273, do CPC não restringe essa hipótese,

482 João Batista LOPES, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 50.

483 Ele sustenta: *"Importa ressaltar, porém, que a vedação ao adiantamento da eficácia declaratória não se estende aos efeitos práticos dela decorrentes, que podem ser objeto da tutela antecipada."* (João Batista LOPES, *Tutela antecipada no Processo Civil brasileiro*, p. 47). O mesmo raciocínio aplica-se às sentenças com carga constitutiva, positiva ou negativa.

484 O afastamento liminar do administrador e a restituição do estabelecimento ao executado seria um exemplo.

485 BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte quando recebidos os embargos do devedor (artigo 739, § 2º); (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994)"

486 *"Fa/aa doutrina italiana em suspensão total ou parcial do processo executivo, o que não deixa de ser uma impropriedade. A suspensão do processo, consistindo no impedimento temporário da prática dos atos do procedimento, não comporta tais adjetivações. O que sucede é que, às vezes, a execução prossegue somente com referência a certas pessoas, a certos bens ou a certa parcela do crédito postulado, deixando-se de realizar as medidas executivas sobre outros que também estão sob constrição."* (Cândido Rangel DINAMARCO, *Execução civil*, p. 142).

487 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - É cabível o pedido da antecipação de tutela em sede de embargos do devedor para pleitear a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes (SPC, SERASA), porque integra o pedido mediato, de natureza consequencial. AGA 226176 - RS - 3ª T. - Rel" Mina Nancy Andrichi - DJU 02.04.2001 - p. 288.

No mesmo sentido:

BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PRETENDIDA - POSSIBILIDADE EM SEDE DE EMBARGOS DO DEVEDOR - Demonstração da prova inequívoca quanto a verossimilhança da alegação, e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Presença dos requisitos elencados no art. 273, do CPC. Inscrição dos nomes dos devedores no cadastro de devedores inadimplentes, havendo pendência judicial acerca da verdadeira extensão do débito. Não cabimento. Manutenção da decisão objurgada. Recurso conhecido e desprovido. AI 0152208-1 - (13167) - 4ª

observando-se, também, que a ação incidental de embargos à execução permite, de regra, a cognição plena e exauriente?". De qualquer modo, mesmo sendo a cognição parcial, o que acontece em relação aos embargos opostos contra a execução de título judicial, ficando restrita às hipóteses descritas no art. 741, do CPC⁴⁸⁹, ainda assim, a antecipação de tutela poderá ser implementada a requerimento da parte, desde que haja a demonstração da verossimilhança cobrada pelo art. 273, do CPC, com o preenchimento de um dos dois outros requisitos, que

C.Cív. - Rel. Juiz Fernando Wolff Bodziak - DJPR 29.09.2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - DESPESAS PROCESSUAIS - PERÍCIA JUDICIAL - ISENÇÃO DO PAGAMENTO - Execução judicial fundada em sentença transitada em julgado. Execução da parcela referente às despesas periciais imputadas à parte beneficiária da justiça gratuita em sentença transitada que extinguiu, sem mérito, a ação acidentária. Afronta à garantia constitucional da Assistência jurídica integral (art. 5º da CF). Possibilidade de rediscussão da matéria à luz da exegese sistemática dos dispositivos que regulam a coisa julgada. Despesas processuais. Parcela implícita dos pedidos, passível, inclusive, de inclusão na liquidação de sentença transitada, à semelhança dos juros legais (Súmulas nOs 254 e 256 do STF). Cabimento, em consequência, da discussão de sua legitimidade após o trânsito em julgado da decisão objeto de execução. A ratio essendi da coisa julgada, como instrumento de proteção dos julgados não pode amparar decisão imutável que afronta texto constitucional. A regra que veda a rediscussão da lide em liquidação ou execução não se dirige às parcelas acessórias, implícitas em todo e qualquer pedido nem aos equívocos materiais, posto que a isso corresponderia impor à parte o dever de rescindir o decisório por motivos extrapolantes ao art. 485 do CPC, fazendo prevalecer decisão sumamente injusta. Ainda que assim, não se interprete sistematicamente as regras de proteção do julgado, mister considerar, após o advento da antecipação de tutela que é lícito em embargos à execução de sentença, observando a verossimilhança da alegação, conferir providência que evite, desnecessariamente a propositura de uma ação rescisória do julgado, quando os embargos são suficientes para demonstrar que a sentença transitada violou a própria Constituição Federal, temperando-se os rigores do art. 489 do CPC de que a rescisória não suspende a execução da sentença. Nova visão do fenômeno da coisa julgada amparada por arestos excepcionais. Provimento do agravo para determinar ao Juiz, em obediência ao duplo grau, que acolha a exceção de pré-executividade, para considerar como incerta a obrigação constante do título executivo. Vencido o Des. José Mota Filho. AI 430/1998 - (Ac. 15091999) - 15ª C.Cív. - Rel. Des. Luiz Fux - J. 09.06.1999, *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.o 17014809.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRATO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES - POSSIBILIDADE - I - Estando o débito sendo discutido em Juízo, é possível conceder-se a antecipação de tutela para impedir ou excluir o nome do devedor em cadastros de restrição de crédito. RAI 13.365 - Primavera do Leste - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Margarete da Graça Blanck Miguel Spadoni, J. 23.04.2001, *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003 - ementa n.º 150036853.

Em sentido contrário, não admitindo a antecipação de tutela: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região: PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE DOS COQUEIROS - CONTRATO DE COMPRA E VENDA MÚTUO - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - INADMISSIBILIDADE - Existência de instrumento processual adequado para a defesa em sede de execução, com atribuição a esta de efeito suspensivo. Não caracterizado o alegado constrangimento a empresa. 1 os embargos à execução materializam-se como instrumentos processuais apropriados para fins de defesa na execução, a ser eventualmente promovida, tornando in casu, inadequado o provimento antecipatório para a concessão do pretendido

consistem: a) ou no receio de surgimento de dano de difícil ou incerta reparação, b) ou na constatação de abuso do direito de defesa.

Aliás, conforme ensinamento de Luiz Guilherme MARINONI, a proibição de concessão de liminares esbarra na própria Constituição Federal, que assegura a todos não só o acesso ao Poder Judiciário, mas também a utilização de uma tutela adequada e eficiente. Ele afirma:

efeito suspensivo à ação executiva. 2. Não há como se conceder antecipação de tutela para paralisar a execução da sentença rescindenda, sob o fundamento de possibilidade de prejuízo que a execução poderá causar, pois a legislação põe à disposição do executado os embargos à execução que lhe permitem afastar riscos de prejuízo no curso da ação. 3. Não materializada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação a empresa, tendo em conta que a existência do título executivo judicial contra o qual se insurge a autora. Não tem condão de favorecer situação falimentar. 4. Pedido de tutela antecipada que se indefere. ANTA 0502694 - (200005000491241) - RN - TP - Rel. Juiz Geraldo Apoliano - DJU 09.02.2001 - p. 319.

BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. TUTELA ANTECIPADA - Execução por título extrajudicial. Ajuizamento em embargos do devedor. Impossibilidade. Hipótese em que a sentença que julgar procedentes os embargos do devedor terá natureza constitutiva negativa ou declaratória. Antecipação indeferida. Recurso improvido. AI 1051983-4 - (41852) - São Paulo - 7ª C. - Rel. Juiz Ariovaldo Santini Teodoro - J. 30.10.2001, *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 100231100.

488Kazuo WATANABE ensina que no processo de embargos, a cognição será parcial e exauriente quando versarem sobre execução de título judicial. Sua lição está vazada nos seguintes termos: "*O procedimento de cognição plena e exauriente é o procedimento comum do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumaríssimo (este último é caracterizado apenas pela abreviação do iter procedimental. O processo especial dos juizados especiais de pequenas causas instituídos pela Lei n.º 7.244 de 07.11.84, hoje denominados, pela Lei n.º 9.099, de 26.09.95, de juizados especiais de causas cíveis de menor complexidade, apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade, é de cognição plena e exauriente, apto portanto à formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial. (...) Do procedimento de cognição parcial e exauriente temos, em nosso sistema, inúmeras utilizações: a) processo de conversão da separação judicial em divórcio - o art. 36, parágrafo único, da Lei n.º 6.515/17, diz que "a contestação só pode fundar-se em: I - falta de decurso do prazo de 3 (três) anos de separação judicial e II - descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação; b) processo de embargos de terceiro: art. 1.054, dispõe que contra os embargos do credor com garantia real, o embargado somente poderá alegar que: "I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; e III - outra é a coisa dada em garantia"; c) processo de busca e apreensão da lei de alienação fiduciária: art. 3º, § 2º, do Dec.-lei n.º 911/69, estabelece que "na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais". Essas limitações decorrem de leis processuais e são impostas em função de um determinado objeto litigioso. Outras podem resultar de leis de natureza material, algumas inseridas no Código de Processo Civil, e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa: d) é o que ocorre com a ação de Embargos do Executado em execução por título judicial, cujo objeto é mais limitado que o dos Embargos em execução por título extrajudicial (arts. 741 e 745 do CPC);"* (Da cognição no Processo Civil, p. 115-6).

489BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994) I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde

Direito ao devido processo legal não quer dizer apenas direito ao processo que observa os vários princípios constitucionais comumente apontados pela doutrina (princípio do contraditório etc.) para dar corpo à cláusula do devido processo legal; direito ao devido processo legal significa, também, direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material. ⁴⁹⁰

E conclui que

O cidadão, de fato, tem direito constitucional à tutela antecipada. (...) A legislação infra constitucional, portanto, ainda que possa delimitar o direito de ação, estabelecendo condições para o seu exercício, bem como disciplinar os procedimentos, não pode, sob pena de lesão ao princípio constitucional, impedir o direito de ação, negar o direito de postulação de uma tutela urgente, ou ainda, porque resultaria mesmo, estabelecer procedimento, cognição e provimento inadequado a uma determinada situação conflitiva concreta. ⁴⁹¹

Se cabe a antecipação de tutela, fundada no art. 273, do CPC, pode-se dizer que, em razão da fungibilidade que atualmente impera em relação às medidas de urgência?", a medida cautelar também é viável⁴⁹³. A distinção entre uma e outra

que superveniente à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº32/2001)"

490LuizGuilherme MARINONI, *A antecipação da tutela*, p. 108.

491LuizGuilherme MARINONI, *A antecipação da tutela*, p. 109.

492BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Lei nº10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002, em vigor 3 (três) meses após a data de publicação)"

493BRASIL Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR - PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - PENHORA SOBRE 5% DA RENDA BRUTA DA

medida reside no juízo de probabilidade: na antecipação de tutela, ele se apresenta mais forte, é verossímil, decorrendo de prova robusta, normalmente documental, ao passo que na cautelar basta o *fumus boni iuris*.

Vale notar, em que pesem os argumentos já oferecidos, que há uma grande dificuldade de se extrair algum efeito prático dos embargos em relação à penhora de faturamento, dado que - embora já possa existir a constrição - pode-se alegar que o juízo não está seguro. Explica-se melhor: admitida a penhora de faturamento, com a nomeação do administrador e aceitação do encargo e início de suas atividades, pode ocorrer que ainda não haja nenhum numerário depositado à ordem do juízo.

Numa situação dessas, há quem afirme que o executado, em se tratando de execução fiscal, não tem outra alternativa a não ser a de aguardar e, quando seguro o juízo pelos depósitos em dinheiro (que na verdade sub-rogam-se em relação à penhora de faturamento), interpor os embargos, pois a redação do art. 16, § 2º da Lei n.º 6.830, de 1980, autoriza essa interpretação. José da Silva PACHECO parece abraçar essa tese?"

EMPRESA - EXCEPCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE - 1. Consoante jurisprudência predominante nas Turmas de Direito Público deste Tribunal, tem-se admitido a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento da empresa desde que em caráter excepcional, ou seja, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei nº 6.830/80 (LEF), e haver sido nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento, nos termos do disposto nos arts. 677 e 678 do Código de Processo Civil. 2. Na hipótese dos autos, conquanto a Fazenda ressalte a frustração da cobrança em decorrência da inércia da ora Requerente, não se autoriza a medida extrema, com todos os gravames dela decorrentes, sem a estrita obediência às normas legais. 3. Assim, sem ter sido nomeado administrador para a consecução da tarefa, apresenta-se ilegítimo o procedimento, o que reforça a plausibilidade da tese da Recorrente. 4. Presentes os pressupostos autorizativos da medida cautelar pretendida, julga-se procedente o pedido, confirmando a liminar anteriormente deferida. Agravo regimental prejudicado. MC 3064 - RJ - 2ª T. - Rel" Min. Laurita Vaz - DJU 24.02.2003, p. 215.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - REQUISITOS - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - Presentes os requisitos autorizadores, o Superior Tribunal de Justiça tem concedido medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial. A penhora que recai sobre o rendimento da empresa equivale à penhora da própria empresa, razão pela qual este Superior Tribunal de Justiça não tem permitido. Havendo trânsito em julgado da decisão concessiva de liminar em medida cautelar, resta definitivamente decidido que estão presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. Medida cautelar procedente. MC 2853 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 19.02.2001 - p. 143.

494"Não se admitem embargos antes de seguro o juízo, quer pelo depósito em dinheiro, quer pela fiança bancária, ou pelo termo de nomeação de bens próprios ou de terceiros. Assegurada a execução, pelo meios assecuratórios permitidos no art. 9º ou pelos meios executivos, pode o executado opor-se à execução, mediante embargos. Se o executado opuser embargos antes de seguro o juízo, não devem eles ser admitidos." (Comentários à Lei de Execução Fiscal, p. 193).

Porém, essa situação não deve prevalecer, haja vista que a penhora de faturamento concretiza-se quando o administrador assina o termo que o investe na gestão do estabelecimento. E, não havendo necessidade de avaliação nesse tipo de constrição, pois não se objetiva a alienação do estabelecimento, já fica aberta a possibilidade de apresentação dos embargos.

Também o magistério de LIEBMAN encaminhava-se no mesmo rumo proposto por José da Silva PACHECO. O professor peninsular ensinava que

*o devedor não pode defender-se diretamente na execução invocando qualquer espécie de defesa, inclusive os fatos extintivos do crédito, que constituem neste plano armas sem gume. Por exemplo, quando citado inicialmente para a execução, não pode apresentar-se ao juiz e querer provar que pagou sua dívida. O juiz não pode ouvir e deve mandar prosseguir a execução. O único meio de que o executado dispõe são os embargos, que poderão ser promovidos em tempo e forma devida e, para maior garantia do exeqüente, só depois de seguro o juízo pela penhora ou depósito da quantia devida (art. 737 do CPC).*⁴⁹⁵

Entretanto, a doutrina avançou⁴⁹⁶ e a jurisprudência admitiu ser cabível o uso das chamadas exceções de pré-executividade, o que se dá até em execuções fiscais, embora não previstas em lei, desde que veiculadas excepcionalmente para discutir nulidades flagrantes⁴⁹⁷. Trata-se de medida cujo rito não está previsto em lei, cujo escopo é o de suscitar nulidades insanáveis, como a falta de algum

⁴⁹⁵Enrico Tullio LIEBMAN, *Processo de execução*, p. 261.

⁴⁹⁶Destaca-se o trabalho do Professor Alberto Camiria MOREIRA, *Defesa sem embargos do executado - exceção de pré-executividade*.

⁴⁹⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - AUSÊNCIA DE SEGURANÇA DO Juízo - LEI Nº 6.830/80, ART. 16, INCISO III - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NÃO - CABIMENTO - I - Os embargos à execução não podem ser admitidos sem prévia segurança do Juízo, ex vi do art. 16 da Lei nº 6.830/80. II - A exceção de pré-executividade não tem previsão em lei. Trata-se de construção doutrinário-jurisprudencial admissível antes da interposição de embargos e aplicável em casos excepcionais. A hipótese dos autos não se enquadra naquelas admissíveis pela jurisprudência pátria. III - Apelação desprovida. AC 200001000171280 - MG - 3ª T. - Rel. Juiz Cândido Ribeiro - DJU 25.01.2002 - p. 110.

pressuposto processual. (de constituição ou de desenvolvimento válido da execução) e das condições da ação.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a afirmar o não cabimento de meios de defesa do executado que não fossem os embargos, fazendo isso no REsp 143571 - RS - 1ª Turma, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros - DJU 01.03.1999 - p. 227. Todavia, o próprio acórdão, embora num momento negasse a possibilidade de se lançar mão das exceções de pré-executividade, logo em seguida admitiu que o devedor *advirta' o juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio''*,

De qualquer maneira, o Superior Tribunal de Justiça emitiu pronunciamentos prevendo o uso da via da exceção de pré-executividade de modo bastante explícito?".

Assim, se a penhora estiver viciada, existirá, na verdade, um óbice ao prosseguimento adequado da ação de execução, faltando um pressuposto de desenvolvimento válido e regular da relação jurídico-processual, de sorte que se torna possível falar em discussão do assunto no seio da própria execução.

498BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ - EXECUTIVIDADE - ADMISSÃO ANTES DE EFETIVADA A PENHORA - IMPOSSIBILIDADE - I - O sistema consagrado no art. 16 da Lei nº 6.830/80 não admite as denominadas "exceções de pré-executividade". 11- O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe rapidez. 114 Nada impede que o executado - antes da penhora - advirta o juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer tabula rasa do preceito contido no art. 16 da LEF - Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em roneiro procedimento ordinário. RESP 143571 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 01.03.1999 - p. 227.

499BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - 1. A exceção de pré-executividade, construção doutrinária tendente à instrumentalização do processo, não se presta para argüir ilegalidade da própria relação jurídica material que deu origem ao crédito executado. Seu âmbito é restrito à questões concernentes aos pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade. 2. Recurso não provido. RESP 232076 - PE - 1ª T. - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - DJU 25.03.2002, p. 182.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 371460 - RS - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 18.03.2002, p. 188; RESP 388000 - RS - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 18.03.2002, p. 188).

Pode ocorrer, a título de exemplo, a nulidade da penhora por falta de depositário, caso em que a parte interessada poderá arguir o defeito diretamente nos autos da execução'?

Também o excesso de penhora permite a discussão sem que o devedor tenha de recorrer aos embargos. Deve ser alegado após a avaliação, a requerimento do devedor, no processo de execução, e não constitui matéria de embargos do devedor?", A dificuldade de demonstração do excesso esbarra, entretanto, no problema da avaliação, pois na penhora de faturamento esse ato não é praticado, uma vez que não se busca a alienação do estabelecimento, mas sim a extração de parte das receitas de faturamento. Todavia, o excesso de penhora será de fácil detecção e demonstração pelo executado que apresentar outros bens, capazes de por si só garantir a execução. A existência de outros bens acarretará o cancelamento da penhora de faturamento, haja vista a excepcionalidade dessa medida.

Como visto, a discussão toda surge quando se afirma a possibilidade de uso dos embargos, pois a penhora de faturamento não permite precisar de forma clara em que momento se tem como seguro o juízo.

500BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA - EXCESSO - INDISPENSABILIDADE DO DEPÓSITO - REDUÇÃO DA PENHORA NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO NULIDADE DA SENTENÇA E DOS EMBARGOS INSTRUMENTALIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS - O depósito integra a penhora (art. 665, IV, CPC). Daí, incabíveis embargos à execução à míngua de garantia adequada, se a penhora se mostra inexistente pela ausência de depositário. Nos termos do art. 685, I, do CPC, o excesso de penhora não rende ensejo à oposição de embargos, devendo a redução dar-se nos próprios autos da execução. Nulidade dos embargos e da sentença, ressalvada a validade desta como decisão interlocutória, bastante para a redução da penhora, em atenção ao princípio da instrumentalidade das normas processuais. REO-AC 144.563 - CE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Castro Meira - DJU 28.12.2001.

501BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EMBARGOS DO DEVEDOR - EXECUÇÃO-TÍTULO JUDICIAL - SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO - PRETENSÃO À COMPENSAÇÃO DO VALOR DO SEGURO OBRIGATÓRIO - FATO QUE NÃO É SUPERVENIENTE À SENTENÇA (ARTIGO 741, VI DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) - EXCESSO DE PENHORA QUE DEVE SER SUSCITADO NOS PRÓPRIOS AUTOS DE EXECUÇÃO - CONTA DE LIQUIDAÇÃO HOMOLOGADA POR SENTENÇA IRRECORRIDA - PRECLUSÃO - ERRO MATERIAL NÃO EVIDENCIADO E NEM DEMONSTRADO - EMBARGOS COM FINALIDADE INFRINGENTES DO JULGADO - INADMISSIBILIDADE - Descabe a compensação do seguro obrigatório da indenização fixada, pois tal crédito é anterior à sentença exequenda, de modo que a admissão de que tal valor deva ser excluído da condenação importa dar aos embargos caráter infringentes, modificando a sentença transitada em julgado, o que é inadmissível. E elaborada a conta de liquidação e homologados os cálculos por sentença irrecorrida, a matéria restou preclusa, somente podendo se cogitar de eventual erro material, que na hipótese não se evidenciou e nem se demonstrou. Distinto excesso de penhora do excesso de execução (artigo 743 do Código de Processo Civil), a verificação do primeiro se faz nos próprios autos da execução, depois de avaliados os bens penhorados, enquanto que o excesso de execução reclama ação (embargos). AC 14.841-4 - ga CDPriv. - Rel. Ruyter Oliva - J. 01.04.1997 - DOESP de 28.04.1997.

A melhor recomendação, dada tal dificuldade, é de se manejar o agravo de instrumento prontamente, assim que se tomar ciência da decisão que ordenar a penhora de faturamento. É oportuno observar que a decisão assim emitida terá de possuir fundamentação suficiente, sob pena de nulidade irremediável?". Noutra giro, o credor que tiver indeferida a pretensão de constrição do faturamento do executado não verá aberta outra oportunidade a não ser a do uso do agravo de instrumento.

O agravo de instrumento aparece, então, como o caminho mais usual para o executado impugnar em segunda instância a constrição de seu faturamento, não se excluindo, contudo, a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa em primeira instância, quando assegurada oportunidade efetiva para tanto, embora o recurso já transfira para o tribunal o debate do assunto, podendo antes nem ter havido a possibilidade de defesa quando determinada essa coação pelo juízo de 1º grau. O agravo de instrumento também aparece como única medida disponibilizada ao exequente para levar o debate à segunda instância, quando a primeira indefere sua pretensão de coagir o faturamento de alguém.

Não se pode, é oportuno dizer, manejar agravo retido, muito menos o relator terá como converter o agravo de instrumento em retido, conforme atualmente prevê o art. 527, inciso II do CPC. Isso porque há uma incompatibilidade lógica no uso desse recurso retido, que exige - para ser apreciado - um procedimento que contenha uma sentença apelável. No processo de execução não há sentença de mérito, limitando-se a decisão final a reconhecer a satisfação do crédito do exequente?". Significa dizer que o executado não poderá aguardar o desfecho da execução, com a prolação da sentença decretando sua extinção, para só aí manejar um recurso que visa discutir a penhora.

Há também a hipótese de utilização da medida cautelar inominada, que serve para emprestar efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra decisão de tribunal local que determinar ou que, conforme o caso, desautorizar a penhora de faturamento. A medida assim intentada não terá por escopo o

502BRASIL, *Constituição Federal de 1988*: "Art. 93.- (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;"

5038BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 795. A extinção só produz efeito quando declarada por sentença."

destravamento da via extrema, após o uso do agravo de instrumento, conforme se verá adiante, apenas emprestando efeito suspensivo a recurso que, regularmente, é recebido apenas no efeito devolutivo⁵⁰⁴.

Noutras palavras, o executado, não obtendo sucesso junto ao tribunal local, que, resolvendo o agravo de instrumento prefere manter a penhora de faturamento, pode interpor o recurso especial que, geralmente, não tem efeito suspensivo. A situação inversa também pode determinar que o exeqüente lance mão da medida cautelar para obter o efeito suspensivo no recurso especial em que discute a penhora indeferida nas instâncias ordinárias, pugnando pela efetivação da constrição enquanto o apelo extremo segue o seu curso.

O processo de execução não se acha contemplado no art. 542, § 3º do CPC, de sorte que os recursos excepcionais (especial e extraordinário) exigem processamento imediato, não havendo retenção nos autos. A medida cautelar não tem por finalidade destrancar a subida desses recursos: apenas empresta-lhes efeito suspensivo que, usualmente, não têm.

O mandado de segurança não tem utilização corrente dentro do sistema recursal atual, pois o agravo de instrumento, com a reforma do CPC havida em 1995, passou a prever a concessão de efeito suspensivo, elástico depois para efeito *ativo*, que o legislador denominou de *antecipação liminar da tutela recursa*⁵⁰⁵.

504BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. (NR) (Redação dada ao caput pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, DOU 27.12.2001, em vigor 3 (três) meses após a data da publicação) § 1º. Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada. § 2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. (Artigo revogado pela Lei nº 8.038, de 28.05.1990 e revigorado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)"

⁵⁰⁵ *O texto novo do art. 527 do CPC pôs definitivamente fim a uma controvérsia que se instalou no plano da doutrina e no da jurisprudência: poderia o relator, com base nos arts. 527 e 558, conceder não propriamente efeito suspensivo ao recurso (obstando provisoriamente a produção positiva de efeitos da decisão agravada), mas, ainda que provisória e efemeramente, a própria providência (positiva) pleiteada pelo recorrente? Logo que a dúvida surgiu, alguns autores se inclinaram por responder positivamente à pergunta e foram por nós acompanhados, não imediatamente, mas depois de alguma reflexão. Hoje, a lei resolve e autoriza expressamente que assim seja, servindo-se da expressão "antecipação da tutela recursal - que pode ser parcial ou total". Parece-nos, ainda, que assim tinha de ser, porque, na verdade, rigorosamente, o efeito suspensivo (que há muito era autorizado pelo art. 558, que, embora sempre tenha sido uma exceção, manteve diferentes "dimensões" para esta excepcionalidade) também era uma espécie de "antecipação da tutela recursal" não confessada pelo legislador e nem percebida pela doutrina. Mas, de fato, suspenderem-se _ provisoriamente e desde logo - os efeitos da decisão impugnada, cuja cassação, definitiva se pleiteada no recurso, nada mais é do que antecipar provisoriamente a tutela recursal. (Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*, p. 169).*

São raras, portanto, as hipóteses atuais de uso do mandado de segurança. Mesmo assim, como é possível ao executado perder o prazo para agravar de uma decisão que ordene a penhora de faturamento, o remédio heróico não pode ser descartado, havendo hipóteses de uso também para se afastar a ameaça, desde que justificada, de coação ilegal sobre o faturamento.

A penhora de faturamento também poderá ser objeto de discussão em embargos de terceiro, quando a constrição atingir receitas que não pertencem ao executado, mas que acabam sendo administradas e retidas pelo depositário.

Por fim, o trabalho não poderia deixar de lado uma visão, ainda que sucinta, acerca do uso do *habeas corpus*, que será analisado adiante, em item específico sobre o assunto.

2.2. A questão de estar seguro o juízo

Já se afirmou haver dificuldades em se precisar o momento no qual o juízo acha-se seguro, para, a partir daí, permitir ao devedor o uso dos embargos.

Uma interpretação mais liberal permite ao executado - dentro do prazo adequado - lançar mão dessa ação, exercendo, então, o contraditório e a ampla defesa⁵⁰⁶. Aconselha-se admitir os embargos desde que presentes os elementos que ensejam a penhora de faturamento, a saber:

- a. a existência de uma execução regularmente instaurada;
- b. a citação válida e regular do executado, com o esgotamento da oportunidade para nomeação de bens;
- c. a admissibilidade da penhora de faturamento no lugar de qualquer outra constrição, tendo o exeqüente esgotado todas as possibilidades de penhora de outros bens;
- d. a existência de decisão motivada decretando a penhora de faturamento;
- e. e, finalmente, a existência de um administrador regularmente nomeado com a apresentação do plano de trabalho e de pagamentos.

Depois de se efetuar a penhora de faturamento não é possível falar em reforço da constrição, para só assim se admitir a interposição de embargos, pois, como bem observou a Ministra ELIANA CALMON no julgamento do Recurso Especial n.º 492.282-SC, *se a penhora de faturamento é medida excepcional, somente adotada caso inexistam outros bens a garantir a execução ... dentro desta linha de raciocínio, seria um contra-senso exigir, nesta hipótese, o reforço de penhora para fins de conhecimento dos embargos à execução*”, Conquanto a

506BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - GARANTIA INSUFICIENTE - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - DESNECESSIDADE DE REFORÇO - CONHECIMENTO DOS EMBARGOS - 1. Embora o STJ entenda que, para o conhecimento dos embargos à execução, a penhora deve satisfazer integralmente o débito, em se tratando de penhora sobre o faturamento da empresa (medida de caráter excepcional) e inexistindo outros bens a penhorar, afasta-se a necessidade de reforço. 2. Recurso Especial conhecido, mas improvido. RESP 492282 - SC - 2ª Turma - Relatora Ministra Eliana Calmon - DJU de 09.06.2003 - p. 260.

507BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 492282 - SC - 2ª Turma - Relatora Ministra Eliana Calmon - DJU de 09.06.2003 - p. 260.

existência de outros bens afaste a possibilidade de constrição do faturamento, uma vez realizada esta última penhora, não haverá como arripá-la?", de modo que o prazo para a apresentação dos embargos precisa ser aberto tão logo formalizada a constrição nos autos e intimado o executado de sua realização.

Entretanto, a situação inversa pode ser admitida, ou seja, se feita a penhora sobre determinados bens que se mostrem insuficientes, será possível, à falta de outros, ampliar a constrição atingindo-se, excepcionalmente, o faturamento do executado?".

Constata-se, pois, que o art. 677 do CPC não exige o depósito de numerário em juízo, mas apenas a investidura do administrador em seu cargo por meio da assinatura do termo, da sua averbação no registro competente?" e também da identificação do devedor para que passe a desempenhar as atribuições do depositário.

E a penhora, aperfeiçoando-se com o depósito do estabelecimento nas mãos do administrador (no caso, com a nomeação do administrador e investidura em suas funções, após a assinatura do respectivo termo), já admite a interposição dos embargos. Nem mesmo a paralisação das atividades da empresa executada pode impedir o aforamento e prosseguimento dos embargos?", pois basta que o estabelecimento esteja depositado nas mãos do administrador para que a ação incidental seja admitida.

Em que pese essa posição, adotada como a mais adequada, foi possível encontrar um julgado cobrando primeiro a realização do depósito de numerário,

508 Não ser para bens pertencentes a outros co-executados, como fiadores e avalistas. A existência de bens no patrimônio de outros co-executados levará, entretanto, ao desfazimento da penhora de faturamento.

509 Ampliação da penhora de outros bens para a de faturamento constou, aliás, do RESP n.º 279.580-SP, já mencionado neste trabalho (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 279580-SP, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 25.02.2002, p. 458).

510 BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 728. Cumpre ao administrador: I - comunicar à Junta Comercial que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou;"

511 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA EFETIVADA SOBRE 100/0 DO FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE DE DEPÓSITO - PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS - PROSSEGUIMENTO DOS EMBARGOS. 1.- Efetivada a penhora sobre o faturamento da empresa, a impossibilidade da realização dos depósitos em razão da paralisação das atividades da empresa não impede o prosseguimento dos embargos à execução. 2. Agravo improvido. AG 200101000199961-MG - 4ª Turma - Rel. Juiz Hilton Queiroz - DJU de 09.11.2001 - p. 136.

resultante das atividades do administrador, para depois permitir a apresentação dos embargos?".

Há um enorme equívoco em exigir primeiro os depósitos em dinheiro, pois a constrição do faturamento atinge o próprio estabelecimento, que é entregue a um administrador judicial mediante termo nos autos. A apreensão e o depósito referem-se ao estabelecimento e não a dinheiro, sendo também errada, com toda a vênia, a idéia de que a constrição atinge um determinado percentual das receitas que são auferidas. Na verdade, tudo o que há no estabelecimento é atingido pela penhora. No decorrer do processo, os fundos líquidos vão sendo extraídos para a satisfação do exequente ou para servir de garantia da execução, ficando sub-rogados à penhora de faturamento.

Confirma-se, assim, a idéia inicial de que os embargos que o devedor pode opor não resultam em efeitos práticos efetivos para afastar prontamente a penhora de faturamento (e a reboque o administrador judicial), a despeito de permitirem uma ampla discussão da execução, salvo se for requerida a antecipação de tutela, regulada conforme o art. 273, do CPC ou liminar em cautelar inominada, de acordo com o art. 798 do mesmo Código.

A prova da verossimilhança para obstar esses efeitos poderá emergir dos autos do processo de execução, constando, por exemplo, da decisão que nomear o administrador, mas que não exige dele nenhum plano de administração ou que não aprova o plano apresentado; ou, então, a situação em que o juízo de primeiro grau impõe o encargo de depositário a sócio do executado, não assinando o mesmo nenhum termo ou quando há recusa ao exercício desse *munus*. Demonstra-se, dessa forma, que a penhora de faturamento não preenche os requisitos mínimos à sua efetivação e a antecipação de tutela pode ser pedida" para efeito de o juiz afastar essa coação. Não obstante, a verossimilhança pode resultar de fatos estranhos ao processo, que atingem a validade da própria execução ou que

512BRASIL.Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA DE PARCELA DO FATURAMENTO BRUTO DA EMPRESA. Ausência de depósito. Insegurança do juízo. Ausência de pressuposto de admissibilidade dos embargos. Se a penhora de parte do faturamento mensal da devedora consubstancia segurança do juízo para o oferecimento de embargos do devedor, a ausência de depósitos mensais das importâncias relativas torna o juízo inseguro, implicando na ausência de um dos pressupostos de admissibilidade da ação incidental de embargos. AI 107846600 - (6933) - 6ª C. Civ. - Rel. p/ o Ac. Juiz Clayton Reis - DJPR de 06.02.1998.

resolvem a relação de direito material. Por exemplo, se o executado exibir um recibo de pagamento, esse documento servirá de prova verossímil de sua alegação, a ponto de poder dar sustentação a um pedido de antecipação de tutela que elimine, por ora, os efeitos da constrição do faturamento.

Também, conforme assinalado anteriormente, se é cabível a antecipação de tutela nos embargos à execução, a medida cautelar não é descartada, dada a fungibilidade pregada pelo art. 273, § 7º, do CPC. Como já foi possível observar, essa medida encontrará fundamento no art. 798, do CPC, que disciplina o poder geral de cautela atribuído ao juiz.

Embora suspendam o curso da execução, os embargos não fazem cessar as atividades do administrador, salvo se houver pedido de antecipação de tutela ou de natureza cautelar, ordenando o juiz a pronta restituição do estabelecimento ao executado.

Em resumo, os embargos servem para permitir a desconstituição do título executivo, impedindo também que haja a entrega de valores ou a conversão em pagamentos dos depósitos efetuados à ordem do juízo pelo administrador, ao passo que a discussão da penhora de faturamento encontra maior efetividade no manejo do recurso de agravo de instrumento, o que não dispensa o contraditório em primeira instância, com oportunidade de cognição limitada à verificação da admissibilidade dessa coação, sob pena de caracterizar cerceamento de defesa. Há até mesmo uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que afirma ocorrer a preclusão quando o executado não interpõe no prazo legal o agravo de instrumento, ficando impedido, depois, de questionar o terna?". Essa posição, entretanto, deve admitir temperamentos, mesmo porque se houver vício insanável maculando a referida penhora como, por exemplo, se não for nomeado o administrador ou, se o executado for investido no cargo contra a vontade ou, também, se o termo de sua nomeação não for lavrado e nem assinado, ou, ainda, se não houver plano de

513BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA - PRECLUSÃO - INEXISTÊNCIA DE BENS PARA GARANTIR A EXECUÇÃO - AGRAVO REGIMENTAL - IMPROVIMENTO. Deixando a parte vencida de interpor, dentro do prazo legal, recurso cabível contra decisão que determina a penhora sobre o faturamento da empresa, torna-se preclusa a questão. Consoante a jurisprudência dominante neste Superior Tribunal de Justiça, inexistindo bens passíveis de garantir a execução, é admissível a penhora sobre o faturamento da empresa executada. Agravo improvido. AGRESP 329628-SP (2001/0088217-5) - 1ª Turma - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU de 11/03/2002 - p. 200.

administração e pagamentos aprovado. Em casos tais haverá nulidade insanável, que poderá ser argüida a todo tempo, não dependendo nem da apresentação de embargos do devedor?",

Dada a excepcionalidade da medida, é preciso permitir a sua mais ampla discussão no processo, conquanto seja limitada a cognição ao aspecto da admissibilidade dessa penhora. Por vezes, o agravo de instrumento exige a apresentação de prova pré-constituída para viabilizar a discussão perante a superior instância, nem sempre disponível no exíguo prazo do recurso. Um exemplo pode ser dado em relação aos bens móveis, cuja prova de propriedade nem sempre é documental, decorrendo apenas de mera tradição física?". Pode ser aconselhável em situações assim ou até mesmo exigir que a demonstração se faça por outros meios, comprovando-se, então, a existência de bens suficientes e desembaraçados no patrimônio do executado, que possam satisfazer o crédito ou garantir a execução, no lugar da penhora de faturamento.

Um outro argumento que permite o uso dos embargos independentemente da existência de algum numerário depositado em conta judicial diz respeito ao princípio que garante o exercício do contraditório e da ampla defesa, valendo observar que nas execuções fiscais há dispositivo legal prevendo que *toda matéria útil à defesa* terá de ser apresentada nos embargos, admissíveis só depois de seguro o juízo (art. 16, § 2º, da Lei n.º 6.830, de 1980).

O contraditório pressupõe que o devedor não pode sofrer um ataque ao seu patrimônio sem o devido processo legal, havendo algumas situações em que se prevê o diferimento do exercício desse direito-poder, mas nunca a sua supressão. A concessão de liminares é um exemplo, em que se protraí a discussão, mas não se elimina, em absoluto, a possibilidade de defesa.

514BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. EXECUÇÃO - PENHORA - NULIDADE - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE - ARGÜIÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS - DESNECESSIDADE - DEDUÇÃO POR SIMPLES PETIÇÃO - ADMISSIBILIDADE - Não depende do oferecimento de embargos a alegação de impenhorabilidade da coisa posta sob constrição, eis que nesta hipótese não se volta o devedor contra a execução propriamente dita mas contra o ato supostamente nulo que nela foi concretizado. AI 669.452-00/2 - 12ª C. - Rel. Juiz Arantes Theodoro - DOESP 20.04.2001.

515BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 1267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição."

Não se admitindo o uso dos embargos em primeira instância, força-se a parte a dirigir-se aos órgãos jurisdicionais superiores sem que antes ela tenha buscado uma tutela em primeiro grau.

Além disso, o devedor pode entender, ao ser intimado simultaneamente do deferimento da penhora de faturamento e também de sua realização, que a defesa que lhe cabe terá de ser manejada através de embargos, mesmo porque ele é advertido nesse sentido por expressa disposição legal, seja nas execuções civis!", seja nas fiscais?", em que o prazo para embargar é mais extenso, de 30 dias. E, se nas execuções fiscais ele deixar para procurar um defensor após o escoamento do prazo de 10 dias para o manejo do recurso, não será correto afirmar que sua conduta tenha sido colhida pela preclusão.

Contudo, se foi dada oportunidade ao executado - antes da concretização da penhora do faturamento - para discutir o tema, facultando-lhe manifestar-se sobre requerimentos do exequente buscando constranger o faturamento, ele terá de se valer, no agravo de instrumento, de todos os argumentos que possam refutar a constrição, sendo essa a situação que poderá determinar a preclusão se permanecer inerte. Mas, em geral, a penhora de faturamento é comunicada por oficial de justiça ao executado quando já em vias de ocorrer ou até mesmo imposta pelo juízo, com o representante legal do estabelecimento executado sendo conduzido ao cargo de administrador até mesmo contra a vontade, cobrando-lhe o órgão jurisdicional de primeira instância - *manu militari* - que seus representantes legais funcionem como depositários.

Nesta altura dos acontecimentos, o executado terá de se valer do agravo de instrumento, pois a decisão já estará lançada nos autos, podendo o órgão monocrático exercer, na oportunidade adequada, o juízo de retratação. Em tal hipótese, os embargos também não se mostrarão eficientes para a discussão.

516BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 669. Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de dez dias. Parágrafo único. Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994)"

517BRASIL, *Lei n.º 6.830, de 1980*: "Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I - do depósito; II - da juntada da prova da fiança bancária; III - da intimação da penhora. § 1º. Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. § 2º. No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite."

Entretanto, o uso da ação incidental pode ser uma alternativa de defesa quando o executado procurar um advogado depois de transcorridos mais de 10 dias da cientificação da penhora numa execução fiscal, evitando-se a preclusão ao defender-se por essa via.

Mas vale notar que a penhora de faturamento não pode ser determinada simultaneamente à citação do executado, tendo de ser dada antes ao menos a oportunidade ao devedor de pagar ou indicar bens?". Só depois de esgotado o termo legal para tanto, permanecendo inerte o devedor ou não aceitos os bens por ele indicados, o credor poderá diligenciar a busca de outros bens e, demonstrando cabalmente a falta ou a insuficiência deles para garantir a execução, poderá requerer a penhora do faturamento.

Como medida excepcional, esse tipo de penhora exige um prévio esgotamento na busca ou descoberta de bens, com a descrição circunstanciada dos que guarnecem o estabelecimento do executado. Ele também precisa ser intimado para indicar ao juiz onde se encontram os bens que se sujeitam à execução, com a advertência de que o silêncio poderá ser interpretado como ato atentatório à dignidade da justiça. Depois, determinam-se: a apresentação de certidões negativas imobiliárias e também expedidas pelas autoridades de trânsito, atestando, respectivamente, a inexistência de imóveis e veículos em nome do executado!"; a

518BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA. CONSTRIÇÃO ADMISSÍVEL, PORÉM DE CARÁTER EXCEPCIONAL, QUE DEVE SER ADOTADA COM CAUTELA. INVIÁVEL TAL DETERMINAÇÃO ANTES MESMO DA CITAÇÃO DO EXECUTADO PARA PAGAMENTO DA DÍVIDA OU INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA. CONSTRIÇÃO ANULADA. CPC, ARTS. 620, 652 E 655. I - Conquanto admissível a penhora sobre o faturamento da empresa em percentual razoável, tal constrição, por comprometer o capital de giro e as operações da pessoa jurídica, constitui medida excepcional, não podendo, de antemão, ser ordenada pelo juízo processante no próprio mandado citatório para a execução, antes mesmo que a devedora fosse cientificada do prazo para pagamento e de indicação de bens à penhora. II - Recurso especial conhecido e provido, para anular a penhora. RESP 513862-SP (2003/0017921-8), 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 06-10-2003, p. 283.

519A apresentação de certidões e outros documentos que podem ser obtidos em cartórios e repartições públicas consiste em ônus exclusivo da parte. A requisição dessas informações só é possível depois de esgotados todos os meios de a parte obtê-las por si mesmo, conforme anotam os seguintes julgados:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL - ART. 105, I, "A", CF - AJUIZAMENTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA CONTRIBUINTE QUE ENCERROU IRREGULARMENTE SUAS ATIVIDADES - NÃO LOCALIZAÇÃO DO HENDEREÇO E, DE BENS DA EXECUTADA - CITAÇÃO DOS SOCIOS - PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A RECEITA FEDERAL PARA OBTENÇÃO DE CÓPIA DA DECLARAÇÃO DE BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA - NÃO PROVIMENTO AO RECURSO - ALEGADA VULNERAÇÃO AOS ARTS. 399 DO CPC, 198 DO CTN

apresentação de requerimento ao juiz da execução para que o mesmo ordene a exibição, pela Secretaria da Receita Federal, de cópias das declarações de renda dos últimos exercícios, acompanhadas das relações descritivas dos bens; e, também para determinar a apresentação de informações quanto aos valores retidos a título de CPMF e as instituições financeiras em que os fatos geradores desse tributo ocorreram, seja em relação ao número do CNPJ da pessoa jurídica ou até dos CPFs dos administradores, quando houver responsabilidade solidária dos

E'40 DA LEI N° 6.830/80 - RECURSO NÃO CONHECIDO - A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exeqüente envidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado. Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá-las. Não existindo bens a serem penhorados, e nem demonstrado qualquer esforço da exeqüente em obter as informações acerca dos bens de outra forma, correta a suspensão temporária do processo com base no artigo 40 da Lei nO6.830/80. A quebra do sigilo bancário (Lei nO4.595/64), perseguida pela Fazenda Pública, é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos. Recurso não conhecido - Precedentes. Decisão unânime. RESP 204329 - (199900152395) - MG - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 19.06.2000 - p. 131 - grifou-se.

BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. DOCUMENTO - REQUISIÇÃO A FIM DE OBTER ENDEREÇO DA PARTE - OFÍCIO À DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - Caracterizado que o credor exauriu as diligências que podia diretamente efetuar, deve incidir a regra do artigo 399, do Código de Processo Civil, que autoriza ao juiz requisitar informações às repartições públicas. Recurso provido. AI 687.866-00/5 - 2ª C. - Rel. Juiz Felipe Ferreira - DOESP 30.11.2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO - ARTIGO 399 DO CPC - Esgotadas as diligências para a localização do devedor, é justo o pedido do autor quanto à expedição de ofício, desde que não atinja o sigilo bancário e fiscal, visando à localização de bens penhoráveis e o próprio endereço do devedor. Recurso provido. (TJRJ - AI 3956/2000 - 4ª C.Cív. - Rel. Des. Sidney Hartung - J. 16.10.2001, *Juris Síntese Millennium*, mar abr 2003, ementa n.º 17023731.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA FORNECIMENTO DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO - FACULDADE (ART. 399, I, CPC) - DESNECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO - ARTIGO 5º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - I - O artigo 399, I, do Código de Processo Civil atribui ao magistrado faculdade, não dever, na medida em que poder-se-á dispensar a certidão pública ao entendimento de que a mesma não influirá na formação do convencimento. II - Deve a parte, para que se proceda à requisição judicial, demonstrar a impossibilidade de obter as informações que necessita sem a concorrência do Judiciário ou, então, ter esgotado as vias extrajudiciais sem, entretanto, lograr êxito. III - O acesso a registros ou banco de dados dos órgãos públicos é assegurado pelo artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, extensivo a informações de terceiros. AI 58.050 - SP - (97.03.080074-2) - 4ª T. - Rel", Juíza Lucia Figueiredo - DJU 04.08.1998 - p. 294.

Em sentido oposto, admitindo a requisição pelo Poder Judiciário, no interesse de concluir a entrega da prestação jurisdicional: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. PROCESSUAL CIVIL - EXTINÇÃO DE AÇÃO EXECUTIVA - REQUISIÇÃO DE CERTIDÕES ÀS REPARTIÇÕES PÚBLICAS - ART. 339, I, DO CPC - Processo é instrumento, meio para obter-se aquilo que se pede e não fim

mesmos". Depois de esgotadas essas alternativas e não sendo o caso de se buscar atingir bens dos administradores, conforme admite o art. 50 do Código Civil de 2002⁵²¹ e também o art. 28 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor", os quais tratam da despersonalização da pessoa jurídica, assunto que não é objeto deste trabalho, aí, sim, o caminho estará liberado para que a constrição recaia sobre o estabelecimento=.

em si mesmo. A finalidade maior é a composição do litígio, "dando a cada um o que é seu", nas perenes palavras de moacir amaral dos Santos. A satisfação dos vencedores do processo cognitivo. Escopo do processo de execução. Não pode ficar à mercê de tecnicismo, mormente quando expressamente dispõe o art. 399, I, do CPC que o juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição as certidões necessárias à prova das alegações das partes. Recurso provido. Sentença anulada. AC 2000.02.01.011643-2 - RJ - 4ª T. - Rel. Juiz Fernando Marques - DJU 06.11.2001.

Não admitindo a requisição de informações cobertas pelo sigilo, por entender que o credor possui outros meios de compelir o devedor a efetuar o pagamento: BRASIL.Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES A RECEITA FEDERAL - Enquanto o art. 399 do CPC determina que o juiz requisitara as repartições públicas as certidões necessárias a prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas em que são partes entes públicos, por outro lado, o art. 198, parágrafo único, do CTN, assegura o chamado sigilo fiscal, excetuando-se unicamente as hipóteses de assistência mútua entre as entidades públicas e "os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da Justiça". Não se justifica pedido de expedição de ofício para obtenção de informações sobre contribuinte, formulado em exclusivo interesse pela Fazenda Pública, cujo objetivo em localizar bens do devedor não se confunde com os da Justiça, já que dispõe aquele ente jurídico de outros meios para cobrar seus créditos, inclusive impedindo que o devedor receba certidões negativas, indispensáveis a realização de grande número de operações civis e comerciais. Agravo improvido. AG 00505012 - (05282230) - PB - 1ª T. - Rel. Juiz Castro Meira - DJU 19.04.1996 - p. 25600.

52°Justificam-se essas providências por estarem protegidas, as referidas informações, sob o manto do sigilo. Mas é excepcional a adoção desse caminho, adotado no interesse não só do credor, mas também da própria Justiça. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL - Requisição da declaração do imposto de renda do executado para localização de bens penhoráveis. Admissibilidade em situações excepcionais e no interesse da Justiça. "A requisição, frustrados os esforços do exequente para localização de bens do devedor para a constrição, é feita no interesse da Justiça como instrumento necessário para o Estado cumprir o seu dever de prestar jurisdição. Não é somente no interesse do credor." (STJ. Embargos de Divergência no Recurso Especial nO163408/RS, Corte Especial, Rel. Min. Fonseca, DJU 11/06/2001). Referência legislativa: Constituição da República, artigo 5º, XXXIII, XXXIV, "b"; Código de Processo Civil, artigo 399, I; Código Tributário Nacional, artigo 198, parágrafo único. Ag Instr 0113824-7 - (21389) - União da Vitória - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Ulysses Lopes - DJPR 15.04.2002.

52BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

522BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 1990)*: "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou

Uma última observação: se a penhora de faturamento feita logo no início da execução for desconstituída, o executado terá reaberta a oportunidade para indicar bens, sendo que o prazo para tanto fluirá da data em que for intimado pelo juízo da execução=!

1.

contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º. (Vetado). § 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores."

523Convém dizer que o Código de Defesa do Consumidor, consistindo em lei especial, coexiste ao lado do Código Civil de 2002. Ele não foi revogado pela lei mais recente (o Código Civil de 2002), justamente por se tratar de lei especial. Essa posição é sustentada pela doutrina de modo pacífico, destacando-se: Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS, *Desconsideração da personalidade jurídica, análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*, p. 259.

524BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO QUANTO AO SEGUNDO PEDIDO FORMULADO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REABERTURA DE PRAZO PARA NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. 1. Decisão impugnada que apreciou, apenas, a questão da impossibilidade da penhora sobre o faturamento ou rendimento da empresa recorrente. 2. Omissão quanto ao segundo pedido formulado no apelo extremo, qual seja, a devolução do prazo para nomeação de bens em garantia à Execução Fiscal ajuizada. 3. Provido o Especial com a desconstituição da penhora efetuada, deve ser reaberto o prazo para que a empresa proceda à nomeação de bens em garantia ao executivo fiscal, prazo esse que deverá ser contado a partir do despacho intimatório a ser proferido pelo douto Juízo da Execução. 4. Embargos acolhidos. EDRESP 480436-RJ (2002/0146108-7), 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJU de 14/04/2003, p. 198.

2.3. A ampliação da penhora, de outros bens para a de faturamento, e a apresentação de embargos

Apresentando-se a penhora de faturamento como uma constrição de caráter excepcional, capaz de ser efetivada só depois de esgotadas outras possibilidades de se atingir o patrimônio do executado, pode ocorrer de ela ser requerida depois que outros bens já tenham sido constriados, mas que não sejam suficientes para garantir a execução.

Essa hipótese não é incomum na prática. O caminho será, então, de ampliação da penhora de outros bens para a de faturamento. O problema que daí surge diz respeito à necessidade de intimação do executado e também à possibilidade de deduzir embargos (ou ao menos de lhe dar a oportunidade para tanto). Ao atualizar obra de José Frederico MARQUES, Ovídio Rocha Barros SANDOVAL tangencia esse assunto, contrapondo argumentos encontrados na doutrina, que não admitiriam novos embargos, ao posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça?", que prevê a possibilidade de uso da ação incidental

525 Questão importante diz respeito à necessidade, ou não, de intimar-se o executado da segunda penhora, com abertura de possibilidade de novo prazo para embargos do devedor. O Autor (José Frederico MARQUES), em acórdão de que foi relator (RT, 214/425), bem como na última edição desta obra, à época da vigência do Código de 1939, sempre entendeu que a execução que sucede à da primeira penhora não se apresenta como nova relação processual, visto não passar de prolongamento da que já se encontrava instaurada. Daí ser desnecessária intimação do devedor ou executado para a segunda penhora, trazendo à colação antigo ensinamento doutrinário de Cândido Mendes de Almeida, com base no Código Filipino: "Na segunda penhora não é indispensável citar ou notificar o executado". Araken de Assis, de seu turno, observa que "renovada a penhora, o cabimento da intimação de que cuida o art. 669, destinava a assinalar o termo inicial do prazo de embargos se condicionará à possibilidade de o executado embargar a execução". Assim, "em princípio, já vencida tal oportunidade na penhora anterior - transposto in albis o prazo respectivo, ou rejeitados os embargos - inexistem razões para admitir segundos embargos e, a fortiori da penhora intimar o devedor. A tanto impediria a eficácia (negativa) da coisa julgada da primeira ação" (ob. cit., p. 509). Todavia, informa que o Superior Tribunal de Justiça, por sua 4ª Turma, em hipótese análoga de ampliação da penhora (art. 685, II), reconheceu o direito do executado em oferecer embargos à execução, controvertendo aspectos formais da segunda penhora. Logo, referidos embargos versavam objeto diverso daquele contido nos primeiros. Daí concluir ser necessária a intimação imposta pelo art. 669, mas deverá a nova ação apresentar causa petendi rigorosamente diversa daquela que constatou na ação de embargos anterior, "cuja sentença transitou em julgado, sob pena de ir de encontro à autoridade da coisa julgada" formada, anteriormente, vindo a finalizar: "Fluindo o prazo para embargar, decorrente da intimação feita ao executado quanto à primeira penhora, os incidentes de anulação, ou de desistência desta, não o suspendem ou interrompem, cabendo ao devedor ajuizar, tempestivamente, seus embargos. Deixando de fazê-lo, o prazo que se assinará na hipótese de renovar-se a penhora lhe permitirá, apenas, discutir os mencionados aspectos formais do ato. José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 196-7.

desde que o objeto dela não coincida com o dos embargos que poderiam ser aforados quando da primeira penhora.

A jurisprudência que se nos afigura mais acertada é a que está no sentido de determinar a intimação do executado que, conquanto não possa mais levantar questões que ele poderia argüir quando da primeira constrição (não poderá mais atacar o título executivo, por exemplo), terá aberta, sempre, a oportunidade de discutir os aspectos formais da nova penhora?", até porque a causa de pedir nestes

526BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - ARREMATACÃO - PRODUTO INSUFICIENTE - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO, COM NOVA PENHORA - EMBARGOS DO DEVEDOR - INVIABILIDADE - A penhora levada a efeito para aparelhar a cobrança do saldo remanescente da execução não pode, salvo quanto aos respectivos aspectos formais, ser atacada por embargos do devedor. Recurso especial não conhecido. RESP 122984 - MG - 3ª T. - Rel. Min. Ari Pargendler - DJU 16.10.2000 - p. 306.

No mesmo sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOVA PENHORA - PRECEDENTES DA CORTE - 1. Já assentou a Corte que os novos embargos são admissíveis, restritos aos aspectos formais, se nova penhora é realizada. 2. Recurso especial conhecido e provido. RESP 257881 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 18.06.2001 - p. 150.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - AMPLIAÇÃO DE PENHORA - INTIMAÇÃO DO DEVEDOR - IMPRESCINDIBILIDADE - É imprescindível que seja realizada a intimação do devedor quanto à realização de ampliação de penhora, ainda que tenha incidido sobre crédito em conta bancária; os aspectos formais do novo ato processual sempre poderão ser alvo de impugnação. Inteligência do artigo 669 do CPC. Agravo desprovido. AGI 20020020034274 - DF - 5ª T.Cív. - Rel. Des. Angelo Canducci Passareli - DJU 18.09.2002 - p. 50.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. EXECUÇÃO - REALIZAÇÃO DE NOVA PENHORA, RESULTANTE DE AMPLIAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO, QUE IMPLICOU NA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR, QUE NÃO FICOU OBSTADO DE OFERECER NOVOS EMBARGOS, DESDE QUE LIMITADOS TÃO-SÓ AOS SEUS ASPECTOS FORMAIS, SEGUNDO ORIENTAÇÃO PRETORIANA (RSTJ 27/322 E RT 676/191) - Situação fática, no entanto, inócurre no caso retratado nos autos embargos à execução rejeitados, por intempestividade - Sentença confirmada - Apelação não provida. AC 141332500 - (10641) - Curitiba - 5ª C.Cív. - Rel. Juiz Duarte Medeiros - DJPR 05.05.2000.

Em sentido contrário, não admitindo novos embargos: BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. EMBARGOS DO DEVEDOR - PRAZO PARA O AJUIZAMENTO - PRIMEIRA PENHORA - SEGUNDA PENHORA - REABERTURA DA DISCUSSÃO - IMPOSSIBILIDADE - COISA JULGADA - Para efeitos de ajuizamento dos embargos do devedor, faz-se necessária a segurança do juízo que, em se tratando de execução por quantia certa, se dá pela primeira penhora, ainda que haja outras penhoras no mesmo processo executivo. Assim, o prazo para a apresentação dos embargos do devedor é de 10 (dez) dias e começa a contar da juntada aos autos da prova da intimação da primeira penhora. Tomada tal providência, o fato de existir segunda penhora para fins de garantir a satisfação de débito residual em favor do credor não pode reabrir a discussão já ocorrida, uma vez que os embargos são à execução, e não ao ato constitutivo, e caso se admitisse nova oposição estar-se-ia violando a coisa julgada. AP 0342446-2 - Contagem - 4ª C.Cív. - Relª Juíza Maria Elza - J. 28.11.2001 - *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 134001641.

Também não admitindo novos embargos: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso: EMBARGOS À EXECUÇÃO - EXTEMPORANEIDADE - INTERPOSIÇÃO A PARTIR DE SEGUNDA PENHORA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE INTIMAÇÃO ANTERIOR - INOCORRÊNCIA -

embargos corresponderá a um fato novo ou situação que surgiu no processo depois de realizada a primeira penhora.

Outra situação é a que diz respeito a vício que pode macular a primeira penhora, acarretando a sua desconstituição em razão da procedência de embargos de terceiro, sobrevindo depois a penhora de faturamento.

Numa hipótese dessas, Celso NEVES nos ensina que o executado volta a ter a oportunidade de discutir amplamente a execução. Essa lição foi acolhida pela jurisprudência?". Ele afirma:

Todavia, a procedência dos embargos de terceiro eliminou a penhora feita, reprimando a validade e a própria existência da execução ao momento processual imediatamente anterior à

RECURSO IMPROVIDO - Ocorre a preclusão do direito de argüir a nulidade de ato processual, se não argüida na primeira oportunidade de falar nos autos. A nova penhora não reabre prazo para apresentação de embargos à execução. RAC 25.586 - Cuiabá - 2ª C.Cív. - Rel. Des. Evandro Stábile - J. 24.04.2001 - *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 150011431.

Idem: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. EMBARGOS À EXECUÇÃO - SEGUNDA PENHORA - SEGUNDOS EMBARGOS - INCABÍVEL - NULIDADE DE INTIMAÇÃO - INEXISTÊNCIA - Efetuada segunda penhora, face a insuficiência do bem para garantir a execução, não cabe oposição de embargos à execução, mormente quando estes já foram opostos e julgados improcedentes. A intimação dirige-se aos advogados das partes e é feita através de órgãos oficiais nas capitais dos estados, pelo que, inexistiu nulidade de intimação. AC 48.661-7/00 - (9.920) - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Carlos Cintra - J. 16.05.2001 - *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 41003695.

E também: BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - REJEIÇÃO LIMINAR - INTEMPESTIVIDADE - PRAZO PARA SEU OFERECIMENTO FLUÊNCIA APÓS A JUNTADA DA PROVA DA INTIMAÇÃO DA PRIMEIRA PENHORA - BENS PENHORADOS INDICADOS NA CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - CIÊNCIA DO APELANTE - DECISÃO CORRETA - RECURSO DESPROVIDO - O prazo para a interposição dos embargos do executado flui a partir da juntada aos autos da prova da intimação da primeira penhora e não dá segunda efetivada em substituição ou em reforço daquela anteriormente feita." (TAPR - AC 150032900 - (10897) - Paraíso do Norte - 1ª C.Cív. - Rel. Juiz Prestes Mattar - DJPR 09.06.2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRAZO PARA A SUA INTERPOSIÇÃO - O prazo para a interposição de embargos à execução começa a fluir da data da juntada do mandado de intimação da primeira penhora aos autos e não da segunda penhora e/ou eventual substituição. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. Apelo desprovido. AC 197194699 - 21ª C.Cív. - Rel.ª Juíza Teresinha de Oliveira Silva - J. 12.08.1998 - fonte: *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003 - ementa n.º 1144940.

527BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRAZO - PENHORA INCIDENTE SOBRE BEM DE TERCEIRO - FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DA INTIMAÇÃO DO DEVEDOR DA REALIZAÇÃO DA SEGUNDA PENHORA - Se a penhora incidir sobre bem não pertencente ao executado, não corre o prazo para os embargos à execução. O prazo só flui a partir da intimação do devedor da realização da segunda penhora. Apelo a que dá provimento. AC 16001/2001 - (2001.001.16001) - 10ª C.Cív. - Rel. Des. Jayro S. Ferreira - J. 04.12.2001, *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003, ementa n.º 17025978.

apreensão judicial de bens que havia ocorrido e deixou de existir. Tanto isso é certo que outra penhora teve que ser feita, porque da primeira nada restou, com a conseqüência nítida de incidir a regra do art. 669, do Código de Processo Civil, destinada, como vimos, a assegurar o exercício do direito de ação contra a sentença exeqüenda, apenas incidentalmente. Dizer-se que da penhora anterior permanece o efeito de soltar o curso do prazo para embargos dos executados é desconhecer, contra o texto expresso do art. 248 do Código de Processo Civil, o efeito desconstitutivo da apreensão judicial, que resulta da sentença de acolhimento dos embargos de terceiro."⁵²⁸

Araken de ASSIS, por seu turno, sustenta que *O desfazimento da penhora, haja vista sua invalidade, não provoca a extinção do processo ... se intato o direito à expropriação de bens?*". O credor então poderá renovar o ato, mas igualmente haverá a abertura do prazo para embargar, mas essa situação é excepcional. Um exemplo assim consiste na penhora de faturamento sem a nomeação do administrador, reconhecida como nula pelo tribunal, que ordena ao juízo de primeiro grau que adote os requisitos do art. 677, do CPC, para renovar o ato, se isso ainda interessar ao exeqüente.

⁵²⁸Celso NEVES, *Comentários ao código de processo civil*, v. 7, p. 249.

⁵²⁹Araken de ASSIS, *Comentários ao código de processo civil*, v. 9, p. 193.

2.4. As nulidades da penhora e os seus efeitos

Questão bastante tormentosa diz respeito às nulidades processuais, principalmente quando surgem por inobservância das formas ou requisitos traçados pela lei.

Nas palavras de Humberto THEODORO JÚNIOR,

a questão dos vícios processuais atinge seu ponto máximo de relevância na parte relacionada com a forma.

À medida que se afasta do padrão necessário, o ato vai sofrendo a sanção da ineficácia. No primeiro grau, ocorre a ineficácia máxima, que é a inexistência; em segundo grau, a nulidade absoluta; e em terceiro grau, a nulidade relativa. ⁵³⁰

É de se ver, então, os vícios que podem atingir a penhora de faturamento, se consistem em nulidades absolutas ou relativas ou, então, se há a ineficácia máxima, que é a inexistência do ato, analisando-se inclusive se há meios de sanar esses defeitos.

Conforme anota Ovídio Rocha Barros SANDOVAL, atualizador das Instituições de Direito Processual Civil de José Frederico MARQUES,

No Direito Processual em vigor, todas as formas são relevantes. Mas, desatendido o modelo descrito na lei para o ato, ou o seu "modus faciendi", ele será anulado se cominada expressamente a nulidade ou se, inexistindo a cominação legal prévia, o ato não atingir a seus fins. No primeiro caso, há nulidade absoluta, pois o ato nasce nulo e sem possibilidade de ser sanada a irregularidade; e no segundo caso - de nulidade relativa - ainda que nulo por violação de forma legal, o ato será considerado válido se alcançar sua finalidade (CPC, art. 244) ou quando não tiver sido

⁵³⁰Humberto THEODORO JÚNIOR, *As nulidades no código de processo civil*, p. 139.

alegada a nulidade tempestivamente, porquanto esta ficará purgada pela preclusão (art. 245).⁵³¹

Adotando-se a divisão entre nulidades *cominadas* e *não-cominadas* proposta por Pontes de MIRANDA⁵³² e também abraçada por Ovídio Rocha Barros SANDOVAL, tendo-se como absolutas as cominadas e relativas as não-cominadas, essa classificação não é suficiente para permitir uma análise acerca dos vícios que podem atingir a penhora estudada, mesmo porque *nulidades cominada e absoluta não se confundem, embora, às vezes, concorram as hipóteses*⁵³³.

José Frederico MARQUES ensina, entretanto, que independentemente da cominação,

*Quando a forma prescrita, além de relevante, é imprescindível, a lei não a pode dispensar, visto que entende não atingir o ato a seu fim se fugir do modelo nela descrito: a nulidade em tal caso é absoluta. O ato, porém, pode fugir da forma relevante que se contém no modelo descrito na lei, e, apesar disso, atingir a seus fins. Por isso mesmo, a violação da forma em tais atos é menos grave e a nulidade daí decorrente tem o caráter de relativa.*⁵³⁴

A questão posta não pode ser considerada meramente acadêmica, pois se os vícios forem analisados e atestarem-se quais atos podem ser acoimados apenas como relativamente maculados, a preclusão se encarregará, no silêncio da parte, de resolver o problema. Também, a *contrario sensu*, *Quando a nulidade for absoluta e insanável, o juiz pode reconhecê-la de ofício (parágrafo único do art. 245)*⁵³⁵

⁵³¹José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2 p. 371.

⁵³²Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, tomo 111, p. 365.

⁵³³Araken de ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 242.

⁵³⁴José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 385.

⁵³⁵José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 381.

Pergunta-se, a partir daí: os requisitos da penhora de faturamento (nomeação de administrador judicial; apresentação de plano de administração; e a sua conseqüente homologação pelo juízo da execução) afiguram-se essenciais? Se não estiverem presentes ou se faltar qualquer um deles, isso autoriza que o juiz pronuncie-se de ofício a respeito? Ou dependerá, o reconhecimento da mácula, de argüição da parte interessada, ficando sujeita inclusive à preclusão?

Para alguns autores, os vícios que podem surgir no processo de execução são sanáveis, chegando-se mesmo a dizer que não admitem o controle oficial. Araken de ASSIS espousa essa opinião, sustentando:

Segundo o regime das invalidades antes estudado, imperativas que sejam as regras acerca da impenhorabilidade e da forma da penhora, há simples tutela de interesse privado. Por conseguinte, o vício representa nulidade relativa e não admite controle de ofício. Aliás, se afigura perfeitamente lícito ao executado nomear bem impenhorável. Fica subentendido, em tal comportamento, sua abdicação à prerrogativa, tornando a coisa expropriável, ao menos na execução em que ocorreu a nomeação. ⁵³⁶

Em que pese essa douta opinião, existe, sim, a possibilidade de surgimento de nulidades absolutas no processo de execução, que devem até mesmo ser controladas de ofício pelo órgão julgador.

A falta de fundamentação da decisão que ordena a penhora de faturamento consiste num dos mais graves defeitos e a nulidade pode ser pronunciada a qualquer tempo, instância ou grau de jurisdição?".

⁵³⁶Arakende ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 506.

⁵³⁷BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE ARRENDAMENTO COMERCIAL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA-DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE A PENHORA SOBRE 300/0 DO FATURAMENTO DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO - DECISÃO CASSADA - Prejudicado o exame do recurso. AI - 136353100 - (12920) - 4ª C.Cív. - Rel. Juiz Clayton Camargo - DJPR 04.08.2000.

A exigência de motivação dos atos decisórios constitui fator de limitação do arbítrio do Estado e de tutela dos direitos das partes que integram a relação processual. Disso resulta a vinculação dos magistrados, no desempenho da função jurisdicional, a essa imposição fixada pelo art. 93, inciso IX da Constituição Federal⁵³⁸ e também pelo art. 165, do CPC⁵³⁹.

Portanto, toda decisão desprovida de fundamentação é nula de pleno direito, porque viola requisito essencial para a sua validade, que se acha, acima de tudo, insculpido em norma constitucional, devendo a nulidade ser proclamada até mesmo de ofício por se tratar de matéria de ordem pública.

Vale lembrar que falta de fundamentação em decisão interlocutória cerceia à parte a sua defesa, pois dificulta ou impossibilita qualquer recurso, ficando o interessado até sem argumentos para recorrer, sendo obrigado, às vezes, a fazer sustentações que seriam completamente desnecessárias se conhecesse o real motivo que levou o juiz a decidir daquele modo.

Decisão sem fundamentação agride, assim, o direito da parte e transfere à segunda instância a obrigação de decidir sem ter para isso elementos, o que impõe, também por isso, em respeito ao segundo grau de jurisdição, a anulação da decisão não fundamentada.

É nesse rumo que nossos tribunais decidem a respeito desse tema, mesmo tratando-se de decisão interlocutória=".

538BRASIL, *Constituição Federal de 1988*: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;"

539BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 165. As sentenças e acórdão serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso."

540BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS INDEFERIDO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, AINDA QUE CONCISA - NULIDADE DO ACÓRDÃO - PROVIMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR - ART. 542, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INAPLICABILIDADE - TEMPUS REGIT ACTUM - RECURSO ESPECIAL PROCESSADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 9.756/98, ESGOTADA A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM - I - É desnecessária a reiteração de pedido de apreciação de recurso especial, cujo destrancamento havia sido requerido em agravo de instrumento processado antes do advento da Lei nº 9.756/98 (tempus regit actum), inexistindo afronta ao art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. 11- A fundamentação das decisões judiciais - veiculando conteúdo decisório, sejam sentenças ou interlocutória - decorre do art. 165 do Código de Processo Civil, não se confundindo decisão concisa e breve com a decisão destituída de fundamentação, ao tempo em que deixa de

Por isso se diz que a nulidade pode surgir em razão do desrespeito a um preceito que veicula uma exigência de ordem pública e, mesmo não havendo cominação expressa, o juiz terá de resolver a questão até mesmo de ofício. José Frederico MARQUES dá essa idéia, dizendo: *A nós também parece que hipóteses se apresentam em que a forma relevante do ato processual, prescrita em razão do interesse público, dá causa, quando violada, a nulidade absoluta que o juiz pode conhecer de ofício, embora não haja cominação nesse sentido?*". Ele citava a sentença sem fundamentação, como exemplo de ato nulo, embora sem expressa cominação nesse sentido à época em que foi escrita a sua obra ⁵⁴²: *Desde que o preceito tenha imposto determinada forma a um ato processual, em razão da ordem pública, e isso de tal maneira que se o ato se realizar de outra forma não atingirá a seus fins, o juiz pode declarar a nulidade de ofício em virtude da insanabilidade da falta ou omissão de forma* ⁵⁴³.

Ora, exigindo a lei a figura do administrador, que fica incumbido de receber e dar quitação, pagar, contratar, enfim, investindo-o de poderes para praticar atos gerais de administração em nome do executado, se não houver a regular nomeação, com a lavratura do termo respectivo e tudo o mais, não terá o juiz como extrair nenhum efeito prático da penhora de faturamento que, na verdade, nem poderá ser tida como realizada.

Aliás, a nomeação do administrador encontra inspiração de ordem pública, pois ele terá de apresentar um esquema de pagamentos que respeite a ordem de preferência existente entre o crédito do exequente e eventuais outros que, com ele, possam concorrer ou figurar em melhor situação na ordem preferencial de pagamentos. Essa nomeação tem por finalidade, inclusive, evitar a fraude, conforme

apreciar ponto de alta indagação e lastreado em prova documental. ¹¹¹ - Esse pressuposto de validade da decisão judicial - adequada fundamentação - tem sede legal e na consciência da coletividade, porque deve ser motivada toda a atuação estatal que impinja a aceitação de tese contrária à convicção daquele que está submetido ao poder de império da Administração Pública, do Estado. Também, por isso, seu berço constitucional está no art. 93, inciso IX, o qual não distingue o tipo de provimento decisório. IV - Agravo a que se nega provimento. AGRESP 251049 - SP - 2ª T. - Relª Mina Nancy Andrichi - DJU 01.08.2000 - p. 246.

⁵⁴¹José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 380.

⁵⁴²Atualmente essa situação está superada face o texto expresso do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que comina nulidade absoluta em relação às decisões sem fundamentação.

⁵⁴³José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 380.

anota a jurisprudência sobre o assunto?". Pode-se dizer, ainda mais, que a nomeação, acompanhada da apresentação do plano de administração e esquema de pagamentos, com a conseqüente homologação pelo juiz, consistem em pressupostos de desenvolvimento regular da execução, quando constrictada a penhora de faturamento. Nesse caso, observa-se que *A nulidade do processo equivale à falta de pressuposto concernente à constituição ou desenvolvimento regular da relação processual*:

Em tal situação, constatado o vício, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer instância ou grau de jurisdição, a saída será determinar o refazimento do ato, pois consiste, segundo José Frederico MARQUES, em

remédio que a lei prevê para se evitar que a nulidade contamine outros atos do processo. O ato saiu defeituoso e o vício que o inquina constitui obstáculo intransponível para que ele atinja a seu fim. Desde que a nulidade foi alegada, nos casos de nulidade relativa, ou que o juiz, mesmo de ofício, a verificou existente, nas

544BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA EMPRESA - ARRECADÇÃO MENSAL DA EMPRESA - FATURAMENTO - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - CPC, ART. 677 - TELEOLOGIA - INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS - GARANTIA FIDUCIÁRIA - DECISÃO RESERVADA AO Juízo DA EXECUÇÃO - I - A penhora em dinheiro pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. Assim, a penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola. 11- Na constrição da arrecadação mensal, o numerário a ser penhorado não é certo, já que está condicionado à efetivação de pagamentos. Também não é determinado, pois subordina-se ao montante de tais pagamentos. Tampouco, seria disponível, porque existiriam dívidas preferenciais (salários, tributos federais) a serem honradas. 11- O Art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. Semelhante exigência não é gratuita. O sistema consagrado pelo Art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. IV - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (DL 7.661/45, Art. 1º). V - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. VI - permitir que o Estado se aproprie do faturamento é permitir que o exeqüente quebre a linha de preferência, fraudando os credores por salários e a União. Bem por isso, o Art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz as vezes do síndico na falência. VII - A penhora do faturamento (diário ou mensal) é verdadeira falência camuflada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VIII - Desaparecida a circunstância que tornava desnecessária a garantia fiduciária, cabe ao juízo da execução dizer quanto a sua adoção. ADRESP 275954 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 04.03.2002, p. 189.

545JoséFrederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 394.

hipóteses de nulidade absoluta, impossível manter o ato com os vícios que o invalidam".

Vale dizer que, sem a formal e regular nomeação, o administrador não poderá ser investido em suas atribuições, de sorte que não terá sequer como agir em nome do executado, nem movimentar as receitas que forem auferidas pelo estabelecimento atingido pela penhora, havendo necessidade de refazimento de todos os atos seguintes, os quais ficam irremediavelmente contaminados. Havendo *contaminação desses atos posteriores porque o defeito do ato nulo a eles se estendeu, ou então se tornar impossível a repetição exclusiva do referido ato, o juiz o declara nulo e o manda repetir.* ⁵⁴⁷

Enfim, a discussão acerca dos vícios da penhora pode ocorrer diretamente na ação de execução mediante simples provocação da parte, a que se dá o nome de exceção de pré-executividade, dispensando-se o uso de embargos do devedor?", quando o interessado poderá sustentar, por exemplo, a falta de um pressuposto de existência ou de desenvolvimento válido da relação processual. Há o interesse público, de modo que pode haver o reconhecimento do vício em qualquer momento, instância ou grau de jurisdição?". Instaura-se um incidente na própria execução, provocando-se o órgão judicial a emitir um pronunciamento expresso a respeito da questão levantada.

⁵⁴⁶José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 386.

⁵⁴⁷José Frederico MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 387.

⁵⁴⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - NULIDADE DA PENHORA - AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO DEPOSITÁRIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCABÍVEIS - A simples decretação de nulidade do auto de penhora pela ausência da assinatura do depositário, argüida somente na apelação, não conduz à condenação de honorários advocatícios, por tratar-se de mero incidente. Recurso não conhecido. RESP 107437 - MG - 4ª T. - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - DJU 01.02.1999 - p. 198.

⁵⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENHORA - BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL - ART. 649, VI, DO CPC - NULIDADE ABSOLUTA - PRECLUSÃO - AUSÊNCIA - RENÚNCIA DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE - I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício. 11- O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constrito mesmo quando já designada a praça e não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final. RESP 192.133 - MS - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 21.06.1999, p. 165.

Não serão discutidas, aqui, as nulidades que podem atingir a própria execução, cuja disciplina é dada pelo art. 618, inciso I, do CPC, havendo ainda outras regras no próprio Código de Ritos acerca desse tema⁵⁵⁰. Basta verificar entretanto que, sendo nula a relação jurídico processual, qualquer que seja a causa, a penhora seguirá a mesma sorte, necessitando ser desfeita.

Como visto, as nulidades da penhora de faturamento podem advir de inúmeros motivos, indo desde a falta de motivação da decisão que a decretou=¹, até a, falta de nomeação válida e investidura de um administrador judicial⁵⁵² ou inexistência de um plano de administração e esquema de pagamentos. As duas últimas hipóteses consistem em exemplos de falta de pressuposto de desenvolvimento regular da relação jurídico-processual: a execução não prossegue enquanto a penhora não preencher seus requisitos essenciais.

Embora o art. 677, do CPC não comine a pena de nulidade para o caso de descumprimento do figurino legal na hora de se proceder à penhora de faturamento, é possível afirmar a nulidade absoluta do ato que determina esse tipo de constrição

⁵⁵⁰BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 8.953 de 13.12.1994) I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001) (...) Art. 745. Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no artigo 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento."

⁵⁵¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DO FATURAMENTO MENSAL DA EMPRESA - MEDIDA DELICADA - DECISÃO - FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA - ART. 93, INC. IX DA CF - ART. 165 DO CPC - NULIDADE DECLARADA "EX OFFICIO - 1. Pelas normas expressas na Constituição Federal, artigo 93, inciso IX, e no Código de Processo Civil, artigo 165, todas as decisões proferidas pelos Juizes devem ser fundamentadas. AI 0093093-4 - (20029) - Curitiba - 4ª C.Cív. - Rel. Des. Octávio Valeixo - DJPR 25.03.2002.

⁵⁵²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO - EMPRESA - CPC ART. 676 - NULIDADE - No processo executivo fiscal, assim como nas demais execuções é nula a penhora do faturamento da empresa, sem concomitante investidura de administrador especial (CPC, Art. 678). HC - 16811 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.09.2001 - p. 111.

quando o mesmo padecer de fundamentação?" ou se olvidar a nomeação de administrador e a aprovação de um plano de administração. Assim, esse ato não se convalidará, pois, ainda que realizado de outro modo, não poderá atingir os fins vislumbrados pelo legislador?". Então, a falta de nomeação de administrador é vício que macula irremediavelmente a penhora?", pois é da essência da construção a assunção desse encargo, seja pelo próprio administrador indicado no contrato social ou estatutos do executado, seja por terceira pessoa nomeada pelo juiz.

Também se pode dizer que a falta de nomeação do administrador vai contra o princípio do devido processo legal, o qual se acha insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Magna Carta?".

O fato de o executado não arquir a nulidade absoluta na primeira oportunidade, fazendo-o entretanto antes da arrematação, não implica renúncia ao seu direito. Entretanto, se deixar para a última hora, levantando a discussão serodiamente, responderá pelas custas de retardamento?".

553Adespiteo de ser possível afirmar que essa situação consiste numa nulidade cominada e insanável face a redação do art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988, a falta de fundamentos retira do ato elemento essencial à sua própria existência.

554BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

555Conforme acórdão já citado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC - 16811 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.09.2001 - p. 111.

556BRASIL, *Constituição Federal de 1988*: "Art. 5º.- (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

557BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL - CPC, ART. 649 - VI, CPC - NULIDADE ABSOLUTA - PRECLUSÃO - AUSÊNCIA - RENÚNCIA DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - I- Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício. 11 - O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constrito mesmo quando já designada a praça e não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final. RESP 192133 - MS - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 21.06.1999 - p. 165.

Todavia, nada impede que o executado se utilize dos embargos". Em tal situação, há certa discussão quanto à fixação das verbas da sucumbência", reconhecendo a jurisprudência que o exequente, se não deu causa ao ato, não suportará esses ônus?". Contudo, como a penhora de faturamento é admitida somente mediante expresse requerimento do credor e depois de esgotadas as possibilidades de penhora de outros bens, será difícil imaginar um caso em que ele, sendo a constrição nula, não tenha alguma responsabilidade pelo ato. *Em geral, a oposição à ilegalidade objetiva da penhora se veiculará mediante embargos (art. 741, V, parte final). Mas o assunto pode ser provocado pelo regime do simples requerimento, ensejando agravo da decisão do juiz.* 561

55ºBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL - CPC, ART. 649-VI, CPC - NULIDADE ABSOLUTA - PRECLUSÃO - AUSÊNCIA - RENÚNCIA DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTE DA TURMA - RECURSO DESACOLHIDO - I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício. II - O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constricto em embargos à arrematação e mesmo que não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final. RESP 262654 - RS - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 20.11.2000 - p. 302.

55ºBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - INTIMAÇÃO DA MULHER - NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA PENHORA, EXCLUSIVA - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - OMISSÃO INEXISTENTE - 1. Acolhida, apenas, a nulidade do processo de execução a partir da penhora, exclusiva, decorrente de vício relativo à falta de intimação da mulher, não há falar em condenação nos ônus da sucumbência, ausente, portanto, qualquer omissão a esse respeito. 2. Embargos de declaração rejeitados. EDRESP 285895 - PR - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 18.02.2002 - p. 413.

56ºBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DO DEVEDOR - NULIDADE DA PENHORA - SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - ART. 20 DO CPC - OFENSA NÃO CONFIGURADA - DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA - Em obediência ao princípio da causalidade na sucumbência e pelas peculiaridades da espécie, não se justifica a condenação dos embargados no pagamento de honorários do patrono dos embargantes, porquanto o ato nulo de penhora de bens imóveis situados em comarca distinta daquela deprecada para os atos executórios foi praticado pelo oficial de justiça, por ordem do Juiz, sem que houvesse qualquer concorrência dos credores, que não deram causa ao ajuizamento da ação incidental de embargos do devedor. Violação ao art. 20 do CPC não configurada. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Recurso especial não conhecido. RESP 221390 - RS - 4ª T. - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - DJU 25.02.2002.

561Arakende ASSIS, *Manual do processo de execução*, p. 506.

Quando não observada a regra do art. 677 do CPC, ou seja, não sendo nomeado o administrador que cuidará das receitas da empresa executada, a penhora de faturamento será nula⁵⁶². Se for nula, dela não irradiarão efeitos e uma outra oportunidade poderá aparecer para o executado deduzir embargos, o que se dará quando a constrição for efetiva e válida?".

A falta de assinatura do auto de penhora pelo depositário, quando for o próprio executado, não induz à nulidade da penhora, pois a certidão do oficial de justiça goza de fé-pública⁵⁶³. Entretanto, esse comportamento deve ser interpretado com cautela, dado que o administrador poderá estar se recusando a desempenhar o encargo muitas vezes imposto pelo juiz contra a sua vontade, em vez de se opor simplesmente a assinar o auto de penhora.

Para que a nulidade seja proclamada, é necessário que haja prejuízo para o interessado. Quando o ato atinge a sua finalidade, não haverá como desconsiderá-

562BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - A penhora só pode recair em parte do faturamento da empresa devedora havendo nomeação de um administrador, como determina o artigo 677 do CPC. Recurso improvido. RESP 246821 - (200000081310) - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 02.05.2000 - p. 121.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUTIVO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR ESPECIAL (CPC, ART. 677) - PRISÃO CIVIL - PENHORA - GERENTE DA EMPRESA - DEPOSITÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - HABEAS CORPUS - I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos Arts. 677 e 678 do CPC. 11- Se a efetivação da penhora pressupõe a nomeação de administrador, não é lícito transformar em depositário o gerente da empresa. 114 Concede-se Habeas Corpus, para obviar ameaça de prisão de depositário constituído ilicitamente. RHC 8328 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 10.04.2000 - p. 67.

563BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS - PRAZO - PENHORA - NULIDADE - Declarada nula a penhora, a partir de sua renovação começa o prazo para embargos. Hipótese distinta daquelas em que há apenas substituição ou reforço de penhora. RESP 102172 - (199600467498) - RS - 3ª T. - Rel. p/o Ac. Min. Eduardo Ribeiro - DJU 19.06.2000 - p. 139.

564BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENHORA - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ASSINATURAS DO EXECUTADO, DE SUA MULHER E DO DEPOSITÁRIO - RECUSA DOS MESMOS EM FIRMAR O AUTO - FÉ PÚBLICA DA CERTIDÃO LAVRADA PELO MEIRINHO - MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PLENAMENTE JUSTIFICADO - Ausência de assinaturas no auto de penhora em virtude da recusa do executado (depositário) e de sua mulher de o fazerem após a leitura feita pelo oficial de justiça. Certidão do meirinho que goza de fé pública. Argüição da irregularidade apenas após o julgamento da apelação, em sede de aclaratórios. Inexistência de afronta aos arts. 664 e 665, inc. IV, do CPC. - Mantém-se a multa prevista no art. 538, § único, da lei processual civil, quando justificado pelo Acórdão o cunho manifestamente protelatório dos embargos de declaração. Matéria nova aventada pelo devedor, sem que no ponto o tenha sido para fins de prequestionamento. Recurso especial não conhecido. RESP 122748 - (199700167780) - MG - 4ª T. - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 05.06.2000 - p. 163.

lo ou reconhecê-lo como nu¹⁰⁵⁶⁵. Entretanto, como a nulidade estudada é absoluta, o prejuízo não precisa ser demonstrado, pois decorrerá do simples descumprimento da lei.

Não obstante, as nulidades cujo surgimento a própria parte concorra não poderão ser reconhecidas=", dado que aí ela estará se beneficiando da própria torpeza?". Um exemplo que pode ser apresentado consiste no fato de o exeqüente requerer a penhora de faturamento, admitindo-a o juiz em decisão desprovida de motivação: o próprio credor não poderá, depois, sob esse pretexto, tentar escapar do adiantamento das despesas geradas com essa penhora alegando esse vício.

565BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CITAÇÃO - PRAZO DE DEFESA - REQUISITO NÃO CONSTANTE DO MANDADO DE INTIMAÇÃO - RÉU INFORMADO DE SEU PRAZO QUANDO CITADO - CASO CONCRETO - NULIDADE AFASTADA - AUTO DE PENHORA - ASSINATURA - OFICIAL DE JUSTIÇA - AUSÊNCIA - IRRELEVÂNCIA NO CASO - FORMALISMO - RECURSO DESACOLHIDO - I - O mandado de citação deve conter o prazo para a defesa, sob pena de nulidade. Por esse prazo se deve entender a designação quantitativa do número de dias que tem o citando para apresentar contestação. E a menção expressa ao prazo se justifica exatamente para que o destinatário da citação fique ciente do período de tempo de que dispõe para tomar as providências que lhe incumbem. 11 Irrelevante que do mandado de intimação da penhora tenha constado apenas a expressão "prazo legal", quando, alguns dias antes, o devedor foi informado do seu prazo de defesa através do mandado de citação. 111 Não há como se ter pela nulidade do auto de penhora, por não constar a assinatura do oficial de justiça, quando restou assinado o seu verso e o auto de depósito. A uma, porque a finalidade foi alcançada. A duas, porque prejuízo algum sofreu o réu com a ausência da assinatura. A três, porque, nos termos do art. 664, do CPC, efetuados a penhora e o depósito no mesmo dia, como no caso, lavra-se um só auto, restando suficiente uma assinatura para todas as diligências. IV - A instrumentalidade do processo e o perfil deste no direito contemporâneo não permitem que meras irregularidades constituam empecilho à satisfação da prestação jurisdicional. RESP 175.546 - RS - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 13.09.1999 - p. 69.

566BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa."

567BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO - DíVIDA GARANTIDA POR PENHOR MERCANTIL - DEVEDORA QUE NOMEIA OUTROS BENS À PENHORA - NULIDADE DESTA INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - MATÉRIA DE FATO - I - Na execução de dívida garantida com penhor mercantil, a penhora há de ser feita sobre os bens apenhorados e o fato de serem fungíveis, destinados à comercialização, não retira do credor a qualidade de privilegiado. 11 Se a própria devedora nomeou outros bens à penhora, acompanhando todo o procedimento até o ato construtivo, não pode, após ter pedido de suspensão da execução negado, querer nulificá-la. 111 Ausência de prequestionamento dos arts. 802, do CC e 569, do CPC. AgRg-AI 199.761 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Waldemar Zveiter- DJU 02.08.1999, p. 187.

2.5. Recursos na esfera cível (execução fiscal e civil)

2.5.1. O agravo de instrumento

A decisão que resolver acerca da nulidade da penhora desafiará agravo de instrumento, conquanto antes de ser lançada nos autos terá de existir ampla e efetiva oportunidade na qual será facultada ao executado a manifestação sobre a pretensão do exequente, de penhorar o faturamento. Instaura-se na execução uma parcela de cognição, limitada, é certo, à análise dos aspectos que levam à admissibilidade dessa constrição. Sem essa possibilidade de manifestação, o processo padecerá de nulidade, pois ficará configurado cerceamento de defesa, não se admitindo invasão patrimonial ou perda de bens sem que haja observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não se fala em apelação, pois a decisão que põe termo a questões relacionadas à penhora não é final nem terminativa, mas incidental.

Também não é cabível agravo retido pois, em tal hipótese, o recurso apresenta-se inócuo: não terá como ser conhecido nos processos de execução, que não comportarão apelação eis que neles não existe propriamente uma sentença de mérito. É de se observar, na lição de Nelson NERY JÚNIOR, que a utilização do agravo retido no lugar do de instrumento acarretará a impossibilidade de conhecimento do recurso por falta de interesse processual. Ele afirma: *Casos há, no entanto, que impossibilitam o conhecimento do agravo interposto pela forma retida. Ou a inadmissibilidade se dá por força de lei (v.g., art. 523, § 4º, CPC), ou por impossibilidade lógica, sendo que em ambos os casos o fundamento da inadmissibilidade do agravo será a falta de interesse processual*".

Não podendo, o agravo retido, ser manejado pelo próprio prejudicado, certamente o relator do agravo de instrumento não terá como efetuar a conversão a que alude o art. 527, inciso 11, do CPC, que prevê a possibilidade de se transformar o agravo de instrumento em retido. Em relação a esse ponto, observou-se, noutra oportunidade, que *Uma ... hipótese de não ser possível a conversão diz respeito aos* 568 Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*, p. 275.

*agravos deduzidos no curso de processo de execução. Como não há sentença de mérito atacável por apelação, não existe a possibilidade de o interessado/prejudicado reiterar sua apreciação pelo tribunal.*⁵⁶⁹

Vale notar que poderão recorrer da decisão que resolver acerca da penhora de faturamento tanto o exeqüente quanto o executado, os quais também podem impugnar atos que conduzem à realização dessa penhora como, por exemplo, a decisão que admitir um determinado administrador ou, então, a que aprovar o plano de pagamentos. Obviamente, o recurso do exeqüente somente será manejado quando não for acolhido o seu pleito ou, ainda, determinar o cancelamento ou reconhecer a nulidade da penhora de faturamento. Ele também poderá recorrer, como já se percebeu, quando for contrariado em relação à escolha do depositário ou se - a despeito de impugnar fundamentadamente o plano de administração e pagamentos - o mesmo for aprovado em detrimento de seus interesses.

Enquanto isso, o executado poderá atacar a penhora quando ordenada a sua realização sobre o faturamento e também quando for homologado o plano de administração ou mesmo para impugnar o ato de nomeação do depositário.

A questão que interessa saber é qual o momento oportuno para manejar o recurso. Se o órgão de primeira instância determinar a penhora de faturamento sem ouvir o executado, obviamente haverá *error in procedendo*, com manifesta agressão ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Conforme anota Nelson NERY JÚNIOR, para configurar o *errar in procedendo, basta que seja infringida pelo juiz encarregado de dirigir o processo qualquer norma proceaimenter*". É o caso, também, da determinação da penhora de faturamento sem que haja a nomeação de um administrador ou sem a apresentação e aprovação de um plano de pagamentos, o que, evidentemente, descumpre o disposto nos artigos 677 e 678, ambos, do CPC, sendo praticamente uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao ordenar o desfazimento da constrição em casos tais?".

⁵⁶⁹José Rubens HERNANDEZ, *A conversão do agravo de instrumento em retido*, p. 166.

⁵⁷⁰Nelson NERY JUNIOR, *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*, p. 213.

⁵⁷¹Àguisa de exemplo, podem-se citar os seguintes precedentes:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - NECESSIDADE -

Questão difícil de saber é se o executado pode a todo tempo pedir a substituição da penhora de faturamento por outros bens. É certo que, ao tentar a substituição por dinheiro ou fiança bancária, observando o montante do objeto da execução, até mesmo a lei admite a hipótese, conforme consta expressamente do art. 15, inciso I, da LEF. Mas o executado pode alegar a nulidade da penhora de faturamento por desrespeito à ordem da constrição. E, se argüir essa nulidade, ela seria absoluta ou relativa?

NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR - CPC, ARTS. 677 E 678 - FALTA DE INDICAÇÃO DE PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - RECURSO ESPECIAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - REEXAME DE PROVAS - É admitida a penhora sobre o faturamento da empresa. Entretanto, por ter caráter de excepcionalidade, deve-se ater a procedimentos específicos regulados no Código de Processo Civil, particularmente os descritos nos arts. 677 e 678. Deve o Juiz da execução nomear um depositário que atuará como administrador, determinando que este lhe apresente a forma de administração em relação à arrecadação, à guarda e à manipulação dos valores retidos por força da constrição, além de um esquema de pagamento para a dissolução da dívida. A falta de indicação de permissivo constitucional em que se apóia o recurso especial, por si só, não é suficiente para impedir a sua apreciação. Agravo regimental improvido. AGA 369162 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 03.06.2002, p. 153 - grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - A penhora só pode recair em parte do faturamento da empresa devedora havendo nomeação de um administrador, como determina o artigo 677 do CPC. Recurso improvido. RESP 246821 - (200000081310) - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 02.05.2000 - p. 121 - grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DA EMPRESA - ARRECADAÇÃO MENSAL DA EMPRESA - FATURAMENTO - DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR - CPC, ART. 677 - TELEOLOGIA - INSOLVÊNCIA - FRAUDE À PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS - GARANTIA FIDUCIÁRIA - DECISÃO RESERVADA AO Juízo DA EXECUÇÃO - I - A penhora em dinheiro pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. Assim, a penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola. 11 - Na constrição da arrecadação mensal, o numerário a ser penhorado não é certo, já que está condicionado à efetivação de pagamentos. Também não é determinado, pois subordina-se ao montante de tais pagamentos. Tampouco, seria disponível, porque existiriam dívidas preferenciais (salários, tributos federais) a serem honradas. 111 - O Art. 677 do CPC condiciona a penhora de estabelecimento à investidura de depositário que acumulará tal encargo com aquele de administrador. Semelhante exigência não é gratuita. O sistema consagrado pelo Art. 677 foi concebido como instrumento de profilaxia da fraude à precedência dos créditos. IV - É que se considera insolvente a empresa que, "sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida" (DL 7.661/45, Art. 1º). V - Caracterizada a quebra, os créditos e recebimentos do negociante são arrecadados por um administrador que os destina ao pagamento de seus débitos. As dívidas, de seu lado, colocam-se em ordem de preferência inaugurada pelos salários. Os tributos estaduais situam-se em terceiro posto, nessa gradação. VI - permitir que o Estado se aproprie do faturamento é permitir que o exequente quebre a linha de preferência, fraudando os credores por salários e a União. Bem por isso, o Art. 677 exige a investidura de depositário-administrador, com o encargo de formular plano de satisfação gradual dos credores. Tal administrador faz as vezes do síndico na falência. VII - A penhora do faturamento (diário ou mensal) é verdadeira falência camuflada. Não pode ser adotada sem estritos cuidados. VIII - Desaparecida a circunstância que tornava desnecessária a garantia fiduciária, cabe ao juízo da execução dizer quanto a sua adoção. ADRESP 275954 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 04.03.2002, p. 189 - grifou-se.

O tema tem sua importância, pois se consistir em nulidade absoluta, não haverá preclusão, ao passo que, na relativa, a arguição terá de se dar na primeira oportunidade em que o executado se manifestar nos autos.

Ao que parece, o desrespeito à gradação da penhora não consiste em vício insanável, valendo observar que, embora a execução tenha de se processar pelo modo menos gravoso ao executado (art. 620, do CPC), ela se realiza no interesse do exequente, que busca satisfazer através da expropriação forçada de bens (art. 6,12, do CPC). Por isso, a alegação de nulidade em relação ao desrespeito à ordem legal deve ser feita na primeira oportunidade pelo executado, que terá nos embargos um dos meios de impugnação da constrição sobre o faturamento.

Todavia, como essa constrição irá atingir o próprio estabelecimento, com a transferência da administração para outra pessoa nomeada pelo juízo da execução, não há como aguardar o desfecho do incidente de embargos para só aí obter um pronunciamento sobre o assunto. O executado estará legitimado, então, a utilizar-se do agravo de instrumento quando constatar a violação à ordem legal na realização da constrição e pedirá, nesse recurso, a antecipação da tutela recursal para evitar que a penhora se concretize. Caso já tenha sido ultimada, poderá pedir a referida antecipação para efeito de retomar as rédeas do estabelecimento. Como já visto, cabendo esse recurso, estará afastada a utilização do mandado de segurança. Mas isso não descarta os pedidos de antecipação de tutela e de liminar em cautelar, que se apresentam como fungíveis e que podem ser feitos ao próprio juízo da execução. A dificuldade, todavia, de obtenção de provimento de antecipação de tutela ou de

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUTIVO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA ADMINISTRADOR ESPECIAL - PRISÃO CIVIL - PENHORA ILEGAL - HABEAS CORPUS - Na efetivação da penhora, necessária é a nomeação de administrador. Concede-se habeas corpus para evitar prisão de depositária constituída ilegalmente. RHC 10230 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 11.06.2001 - p. 96 - grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA - FATURAMENTO DE EMPRESA - NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - A penhora só pode recair em parte do faturamento da empresa devedora havendo nomeação de um administrador, como determina o artigo 677 do CPC. Recurso improvido. RESP 246821 - (200000081310) - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 02.05.2000 - p. 121 - grifou-se.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO - PENHORA DE FATURAMENTO - ADMINISTRADOR - O faturamento da receita bruta diária no quantitativo de 20% inviabiliza o funcionamento da empresa; admitida em situações excepcionais e em valores razoáveis, a medida deve ser precedida de instauração do regime de administração. Art. 678, par. único, do CPC. Recurso conhecido e provido. RESP 252739 - GO - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 18.12.2000 - p. 203 - grifou-se.

liminar em relação aos embargos reside no fato de o exequente possuir título executivo, judicial ou extrajudicial, dotado dos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade. De qualquer maneira, não pode ser descartada a hipótese, até porque a verossimilhança às vezes decorre de situação relacionada, nas execuções de títulos judiciais, ao processo formador do título, como, por exemplo, a nulidade da citação inicial, ou, então, quando se trata de execução de título extrajudicial, ao próprio título, ante a perda de sua executividade pelo decurso do tempo, aparecendo a prescrição como fato ensejador do pedido antecipatório ou da liminar.

Também pode ocorrer de o executado ter interesse em agravar da decisão por verificar uma onerosidade excessiva na constrição, sendo capaz mesmo de pôr em risco as próprias atividades da empresa. Em tal caso, o fundamento da discussão consistirá no art. 620, do CPC. E essa onerosidade excessiva poderá até surgir depois de admitida e ultimada a constrição, mesmo porque, atualmente, há regra específica de direito material prevendo a possibilidade de discussão e revisão desse tipo de situação?", de trato sucessivo, que, embora seja aplicada aos contratos em geral, por analogia poderá ser invocada pelo executado, interpretando-a à luz do já falado art. 620, do CPC, combinado com o art. 462, do mesmo Código de Ritos.

De qualquer modo, é bom frisar que se a nulidade for absoluta, poderá ser argüida a qualquer momento, estando obrigado o juiz ou tribunal a pronunciar-se sobre ela, ao passo que a relativa (como as verificadas nos exemplos já dados: desrespeito à ordem legal da penhora e onerosidade excessiva que pode surgir no curso da própria execução) é sanada pela preclusão, de sorte que o devedor está obrigado a manifestar-se, sob pena de sua inércia convalidar o ato.

O executado poderá sustentar a nulidade da penhora de faturamento justamente ante o fato de inexistir um plano de administração ou por não ter sido escolhido um administrador e, ainda, quando o próprio representante legal é nomeado para o encargo contra a vontade, *manu milifari*, correndo o processo em manifesto descompasso com a lei, num procedimento verdadeiramente alternativo e

572Trata-se do art. 478 do Código Civil de 2002 (BRASIL, *Lei n.º 10.406, de 2002*), que diz: "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

que não encontra amparo no princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Magna Carta. Além disso, a imposição do encargo de depositário a quem se manifesta contrariamente ao exercício desse *munus* viola o princípio da legalidade, haja vista que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei* (art. 5º, inciso 11 da CF/88)⁵⁷³.

Havendo decisão acerca dessa apontada nulidade da penhora de faturamento, o executado terá o prazo de 10 dias para agravar.

Desse raciocínio, é possível concluir que, se o executado não for ouvido acerca da realização da constrição sobre o faturamento e, também, quando o rito não for obedecido, em qualquer momento poderá provocar um pronunciamento judicial a respeito, surgindo daí seu interesse em recorrer quando sobrevier decisão respectiva.

Finalmente, estando o processo em segundo grau, a nulidade absoluta poderá ser argüida pela parte interessada, sendo de rigor sua resolução pelo tribunal competente.

2.5.2. O mandado de segurança

O mandado de segurança é de uso bastante limitado na atualidade, não podendo mais, de regra, adotar a forma anômala que antes tinha, ou seja, como um tipo de recurso que objetivava buscar um efeito (o suspensivo) que outro recurso não possuía, haja vista o fato de, na atualidade, ser possível, no agravo de

573BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - DEPOSITÁRIO - REPRESENTANTE LEGAL - NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA - RECUSA DA NOMEAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 50, II, DA CARTA MAGNA - PRECEDENTES - 1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que, em ação executiva fiscal, deferiu o pedido de constrição em 5% do faturamento da empresa recorrente, assim como não acatou a recusa de seu representante legal na assunção do encargo de depositário dos bens penhorados. 2. Ambas as Turmas competentes, desta Corte, não vêm admitindo a possibilidade de que a penhora recaia sobre o faturamento ou rendimento da empresa (REsp nO 163549/RS, Relator p/ acórdão Ministro Garcia Vieira, DJ de 14/09/98). 3. Nomeado, compulsoriamente e contra a sua vontade, o representante legal de empresa executada a ser depositário de bens penhorados para garantia do juízo executivo, a jurisprudência desta Corte Superior vem entendendo que é admissível a sua recusa em aceitar tal encargo. A negativa na assunção tem amparo no art 5º, II, da Carta Magna de 1988, ao estatuir que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 4. Recurso provido. RESP 276886 _ SP - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 05.02.2001 - p, 83.

instrumento, a concessão imediata da tutela recursal pelo relator (art. 527, inciso 111, do CPC).

Lúcia Valle FIGUEIREDO assinala que ao *prever o ordenamento jurídico a possibilidade de duplo grau de jurisdição, como uma garantia constitucional a mais dos jurisdicionados, a decisão, para produzir gravame, deve ser insuscetível de recurso com efeito suspensivo.* ⁵⁷⁴

Ora, prevendo o art. 527, inciso 111 do CPC a possibilidade de concessão por parte do relator e liminarmente da tutela recursal, a hipótese de uso do mandado de segurança fica realmente bastante limitada.

Embora haja essa ressalva, como a penhora de faturamento consiste numa medida extremamente gravosa para o executado, sendo das mais excepcionais, não pode, justamente por isso, afastar o uso do remédio heróico.

Trata-se, portanto, de se deixar aberta a possibilidade de manejo do mandado de segurança como, por exemplo, numa situação em que o executado tenha perdido o prazo para embargar a execução e também tenha deixado de agravar da decisão que determinou a penhora de faturamento. Numa hipótese dessas - não tendo havido o respeito ao devido processo legal, como na imposição, contra a vontade do executado, do encargo de depositário ou, então, faltando a aprovação do plano de trabalho e de pagamentos - é perfeitamente possível a utilização do *writ of mandamus*. Não será viável, contudo, a adoção do mandado de segurança em relação às nulidades sanáveis, pois as mesmas ficam cobertas pela preclusão.

Decisão sem fundamentos, que não nomeia o administrador ou que não aprova o plano de administração pode ser questionada em segunda instância através de mandado de segurança, desde que a mesma não comporte o recurso de agravo de instrumento ou porque passou o prazo para sua apresentação ou ainda se o executado não foi intimado do ato⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴LúciaValle FIGUEIREDO, *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*, p. 47.

⁵⁷⁵Embora no processo de execução não exista a revelia, pode acontecer de o executado, depois de citado, não tendo constituído advogado nos autos para acompanhar a execução, não mais ser intimado dos atos e termos do processo, embora a intimação da penhora seja indispensável à validade e eficácia desse ato.

Pelo que foi exposto, já é possível antever que o prazo de 120 dias, previsto no art. 18, da Lei n.º 1.533, de 1951⁵⁷⁶, não obsta o uso do mandado de segurança, dado que a coação ilegal será permanente?" quando ordenada a penhora de faturamento sem a observância dos requisitos legais: a) decisão fundamentada decretando a penhora de faturamento; b) nomeação de administrador; c) homologação do plano de administração e esquema de pagamentos.

A permanência da coação decorrerá do fato de a decisão expor o executado a, uma situação que se repetirá a cada mês, pois as determinações judiciais acerca da penhora de faturamento normalmente ordenam o depósito de certo percentual em períodos mensais. Hely Lopes MEIRELLES assevera que *Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interesseo*".

Além disso, não se descarta o uso do mandado de segurança preventivo, no qual será possível discutir a possibilidade, desde que verificada *in concreto*, de a constrição ser determinada e até mesmo ultimada.

Hugo de Brito MACHADO observa

que a garantia do mandado de segurança, tal como a do habeas corpus, presta-se não apenas para as situações em que

576BRASIL, *Lei n.º* 1.533, de 1951: "Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."

577BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO _ Mandado de segurança contra ofensa permanente a direito. Descabimento de contagem de prazo para a impetração. Terrenos de Marinha. Descabimento de laudêmio no caso de cisão e incorporação de empresas. 1. Sendo de caráter permanente a ofensa a direito, prolongando-se no tempo o ato coativo, não há termo inicial para contagem do prazo para a impetração, podendo esta fazer-se a qualquer tempo enquanto durar a coação. 2. É mansa e pacífica a jurisprudência no sentido de que não cabe cobrança de laudêmio nas transferências de terrenos de Marinha, ou de quaisquer bens enfitêuticos, nos casos de cisão e incorporação de empresas, por não ser, no caso, onerosa a transmissão. 3. Quem faz a transmissão dos bens é a empresa cindida ou incorporada e não os seus sócios. As quotas que recebem da nova empresa, resultante do ato de cisão ou incorporação, não constituem "contraprestação por terem eles transmitido os bens" mas reconhecimento do aporte de capital que fizeram na nova empresa, e que desfalcou ou extinguiu a participação que tinham na empresa original. 4. Confundir-se as "quotas no capital" com "contraprestação por participar do capital" é o mesmo que confundir a "escritura de propriedade do imóvel" com "contraprestação pela aquisição da propriedade do imóvel". 5. Apelação provida. AMS 0562609 - (9805028895) - PE - 1ª T. - Rel. Juiz Castro Meira - DJU 11.06.1999 - p. 814 - grifou-se.

578HelyLopes MEIRELLES, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*, p. 38.

alguém sofre, mas também para aquelas situações em que alguém está ameaçado de sofrer lesão em seu direito. De resto, seria injustificável, sob todos os aspectos, restringir o cabimento dessas garantias constitucionais aos casos de lesão consumada aos direitos individuais, quando a maior virtude das mesmas reside, indubitavelmente, na possibilidade de evitar tais lesões. ⁵⁷⁹

Então, os remédios podem ser separados nos seguintes grupos:

- a. o agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal, que possibilita a discussão da penhora de faturamento concretizada ou ao menos já determinada, não sendo descartado o uso desse recurso também pelo credor nos casos de indeferimento da coação ou de prejuízos que a decisão lhe acarretar;
- b. o mandado de segurança com pedido de liminar, que pode ser usado apenas pelo executado quando não mais cabível o recurso de agravo de instrumento, sendo viável desde que se baseie em discussão de vícios insanáveis da penhora como, por exemplo, a falta de algum de seus requisitos essenciais, o que faz a coação ilegal perdurar no tempo;
- (a) e o mandado de segurança preventivo, também com pedido de liminar, que objetiva afastar a determinação de coação do estabelecimento. Para a impetração não bastará o simples temor ou receio do executado sofrer a penhora de faturamento, mas dependerá de fatos concretos que apontam para a sua realização.

A ameaça que poderá justificar o uso do mandado de segurança preventivo tem de ser objetiva e atual. Desse modo, quando o executado recebe a citação para pagar a dívida não pode, a partir daí, e só com essa situação, pretender obter algum provimento que impeça a coação de seu estabelecimento, pois terá de aguardar o encaminhamento dos autos e a determinação da penhora por parte do juiz.

Objetiva, então, será a ameaça decorrente de fatos concretos, retratados nos autos da ação de execução e que sinalizam o encaminhamento do processo para a solução indesejada pelo devedor: a penhora de faturamento.

⁵⁷⁹Hugode Brito MACHADO, *Mandado de segurança em matéria tributária*, p. 225.

Seria o caso, por exemplo, do executado que possui bens penhoráveis, cujo credor pressiona-o no sentido de obter a penhora de faturamento, afirmando ser ela *preferencial*", encaminhando o juiz o processo para desaguar nessa solução, determinando-lhe, por exemplo, que indique bens, mas já esclarecendo no despacho inicial que a coação do faturamento preferirá a outros bens. Aí o executado poderá requerer a ordem em caráter preventivo. O agravo de instrumento não tem esse efeito, de impedir que a constrição se configure, até porque o exeqüente poderá sustentar em sua resposta ao recurso, acaso interposto, que se trata de despacho de mero expediente ou ordinatório?", que não poderia causar gravame algum à parte.

Outro exemplo, muito semelhante ao já exposto, pode decorrer do seguinte processamento da execução: o executado, ao ser citado, indica tempestivamente bens à penhora; por seu turno, o juiz intima o exeqüente a se manifestar e, no próprio despacho, já determina que o mesmo poderá indicar um administrador para que a constrição recaia preferencialmente sobre o faturamento, caso tenha interesse em observar a já mencionada Lei n.º 10.522, de 2002 (art. 11). Numa hipótese dessas, o mandado de segurança preventivo poderá ser usado para impedir que a coação se instale, pois será possível ao executado demonstrar o justo receio de sofrer a penhora de faturamento.

Embora o presente estudo não se ocupe da discussão pela ótica do Processo do Trabalho, constata-se que o mandado de segurança afigura-se como única forma de tornar possível a análise do tema em segundo grau de jurisdição, quando determinada a penhora de faturamento numa execução trabalhista, pois não existe o agravo de instrumento tal como disciplinado na esfera cível.

O recurso previsto na CLT, que pode ser manejado contra as decisões proferidas nas execuções, consiste no agravo de petição?". Valentin CARRION explica que esse agravo tem vez para atacar todas as decisões proferidas no 580Comona hipótese prevista no art. 11, § 8º, da Lei n.º 10.522, de 2002.

581BRASIL.Tribunal Regional Federal da 1ª Região. PROCESSUAL CIVIL - DESPACHO ORDINÁRIO OU DE MERO EXPEDIENTE - RECURSO - Dos despachos ordinários, de mero expediente, ou seja, aqueles que nada decidem, não resolvem questão alguma, não causando prejuízo à parte, não cabe recurso (CPC, arts. 504 e 162). AG 01000093461 - MG - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Tourinho Neto - DJU 11.11.2002 - p. 112.

582BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*: "Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias: a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções;"

processo de execução, havendo a discussão quanto ao seu cabimento apenas após o julgamento dos embargos do executado?",

Esse recurso não tem o efeito de suspender o curso da execução=¹, de modo que a jurisprudência inclina-se em admitir a via do mandado de segurança não para emprestar efeito suspensivo ao agravo de petição, mas para atacar a própria penhora de faturamento?", embora existam decisões em sentido contrário, que equivocadamente sustentam que os embargos do executado consistiriam no

⁵⁸³1.O agravo de petição é o recurso específico contra qualquer decisão do juiz na execução, após o julgamento de embargos do executado (art. 884). Com base no art. 893, § 1º, da CLT, que somente admite recurso das decisões definitivas, pretendeu-se limitar sua interposição apenas a essa espécie de sentenças; mas tal restrição não tem apoio em lei, decisão definitiva ou sentença definitiva, na terminologia do CPC de 1939, art. 820, quando nasceu aquele parágrafo da CLT, equivale a sentença de mérito ou sentença terminativa sem ser de mérito (Pontes de Miranda, Comentário ao CPC de 1939); porém, o processo de execução não visa a uma sentença, mas a atuação de uma sanção já declarada, a satisfação do direito do exequente: se for pagamento (hipótese mais comum aqui), a rigor, o processo de execução aponta para o momento em que o exequente receberá em seu patrimônio a importância monetária; assim, parece forçado querer ver uma sentença oetlnitiv», após cada um dos atos cruciais da execução (edital de praça, arrematação etc.). O próprio texto do art. 897 (... "das decisões do juiz ou presidente nas execuções"), pela sua abertura, desencoraja aquela limitação; só há um requisito que a lei impôs: estar seguro o juízo (art. 884 e § 3º); (Valentin CARRION, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 769).

584BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho: "Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora."

585BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO AO ATO JUDICIAL QUE DETERMINOU A PENHORA SOBRE CRÉDITOS DA EMPRESA PROVENIENTES DE OPERAÇÕES DE VENDAS POR INTERMÉDIO DE CARTÕES DE CRÉDITO (RENDA FUTURA) - CABIMENTO DO REMÉDIO HERÓICO - É cabível o mandado de segurança impetrado para coibir ato judicial que determina a penhora sobre créditos provenientes de operações de vendas mediante cartões de crédito. Isso porque, embora o meio processual próprio para a sustação desse ato seja o agravo de petição, é forçoso convir que esse recurso não se revelaria remédio eficaz para estancar de pronto a abusividade manifesta na ordem judicial ora impugnada, a qual resulta evidenciada pela circunstância de ela estar direcionada para créditos futuros e incertos. Ademais, o agravo de petição tampouco tolheria a eficácia da referida decisão, o que ensejaria, em tese, a concretização do dano de difícil reparação, em face de comprometer diretamente a principal fonte de arrecadação da empresa-recorrente, qual seja, o faturamento proveniente das vendas a prazo, haja vista que o empreendimento a que ela se dedica está ligado ao comércio de roupas. Recurso ordinário a que se dá provimento. ROAG 726799 - SBDI2 - Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal- DJU 16.11.2001 - p. 472.

No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA - FATURAMENTO DA EXECUTADA - Não cabe penhora sobre crédito futuro tendo em vista que a execução pode ser satisfeita por outros meios, carecendo de respaldo legal a penhora sobre o faturamento mensal da Executada. Deve-se dar aplicação ao princípio da execução pela forma mais eficaz ao credor e menos gravosa ao devedor, consoante determina do art. 620 do CPC - Oferecido bem imóvel à penhora e recusado pelo Juízo, exigindo garantia em dinheiro para oposição de embargos à execução, apenas o mandado de segurança resta como meio apto a coibir a ilegalidade, por ser remédio heróico. Recurso ordinário a que se nega provimento. ROMS 472542 - SBOI II - Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho - DJU 09.06.2000 - p. 242.

remédio adequado?". Como já se viu neste trabalho, os embargos do executado suspendem a execução, mas não os efeitos da penhora, de modo que o estabelecimento continua apreendido nas mãos do administrador, que prossegue exercendo suas funções em prol do credor exequente. E isso já pode ser suficiente para configurar a coação ilegal, caso não estejam preenchidos os requisitos essenciais para a consecução da penhora de faturamento, os quais se acham regulados no CPC.

Assim, na esfera trabalhista, o mandado de segurança apresenta-se como instrumento tanto para tutelar o justo receio de o executado sofrer a penhora de faturamento, quanto para ele afastar a sua realização, ressaltando-se que os requisitos essenciais para a efetivação dessa penhora acham-se no CPC (artigos 677,678 e 716 a 729)587.

586BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AGRAVO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXECUÇÃO DEFINITIVA - PENHORA DE CRÉDITOS FUTUROS - DESCABIMENTO - PREVISÃO DE RECURSO PRÓPRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - Não merece reparos o despacho-agravado, pois se encontra corretamente fundamentado na jurisprudência dominante desta Corte (OJ 92 da SBDI-2) e sumulada do STF (Súmula nº 267), que dispõem ser incabível mandado de segurança quando a hipótese comportar impugnação por instrumento processual específico previsto em Lei, sendo este, aliás, o teor do art. 5º, li, da Lei nº 1533/51. Com efeito, contra a penhora de créditos futuros junto a terceiros, em execução definitiva, havia previsão legal de instrumento processual específico, dotado de efeito suspensivo, qual seja, os embargos à execução, nos termos do art. 884 da CLT. Cumpre salientar que, dessa decisão, caberia, ainda, o agravo de petição, que, nos termos do art. 897, "a", da CLT, é o recurso previsto das decisões em sede de execução, sendo injustificável a utilização do remédio heróico, o qual não se admite como sucedâneo de recurso. Outrossim, embora o Agravante tenha colacionado precedentes desta Corte contrários à penhora de créditos futuros, este entendimento (endossado pessoalmente por este Relator) já se encontra superado por orientação pacífica do TST, que admite a penhora sobre faturamento da empresa, limitada a determinado percentual, desde que não comprometa o desenvolvimento regular de suas atividades (OJ 93 da SBDI-2, inserida em 27-05-02). Agravo desprovido, com aplicação de multa. ARXOFROMS 33687 - SBDI 2 - Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho - DJU 29.11.2002.

587BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. MANDADO DE SEGURANÇA - PENHORA EM RENDA DIÁRIA - HOSPITAL - 1. Mandado de segurança contra decisão que, em execução definitiva, determina a penhora em renda diária do Hospital impetrante. 2. É admissível, em tese, a penhora sobre a renda diária ou faturamento da empresa, mas desde que sejam observadas as normas impostas nos arts. 677 e 678, do CPC, mormente mediante a nomeação de depositário-administrador e a apresentação de plano de pagamento ao credor, tudo de maneira a permitir que a empresa continue desenvolvendo suas atividades, tanto quanto possível. O Juiz sensível e cômico de suas atribuições deve conduzir a execução de modo a conciliar a exigência de pronta satisfação do crédito trabalhista com a não menos importante exigência de desenvolver a execução de modo a não arrasar o devedor, à luz do princípio do menor sacrifício do executado. 3. Viola o direito líquido e certo do executado ordem genérica de penhora sobre a renda diária da empresa, sem se precaver o Juiz das formalidades legais, porquanto, se cumprida à risca, pode inviabilizar as atividades desenvolvidas e, tratando-se de hospital, pode provocar a paralisação de serviço essencial à comunidade. 4. Recurso ordinário provido para cassar a decisão impugnada. ROMS 576956 - SBDI 2 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 06.09.2001 - p. 531 - grifou-se.

2.6. Outros meios de impugnação

2.6.1. Os embargos de terceiro

A possibilidade de utilização dos embargos de terceiro para buscar afastar a constrição ou a sua ameaça sobre o faturamento do executado constitui-se em mais uma questão a ser analisada.

Conforme leciona Hamilton de Moraes e BARROS,

Contemplam os embargos de terceiro, no nosso entender, também a prevenção das ameaças judiciais à posse, como se dá com a penhora não seguida da remoção. A posse física, ou direta ainda perdura, mas a posse e o domínio, que não se perdem pela apreensão judicial, ficam ameaçados pela remoção, a busca, a apreensão, ou a imissão, ou qualquer outra limitação até de inspiração cautelar. ⁵⁸⁸

Está claro, portanto, que esse remédio pode ser ministrado tanto no caso de a constrição atingir efetivamente o bem pertencente a terceiro, quanto no caso de prevenção a ameaças judiciais.

É correto afirmar, por outro lado, que os atos judiciais não admitem o uso das ações possessórias, nem dos chamados interditos, o que se dá em função da existência de procedimento próprio e adequado, que consiste na medida regulada pelos artigos 1.046 a 1.054 do CPC. Quem dita essa diferença é também Hamilton Moraes de BARROS, cuja lição está assim redigida:

A pedra de toque é a providência do ato violador. Quando ele é ato judicial, e somente aí, haverá lugar para os embargos de terceiro. Se vier a agressão de um particular, ou do próprio Estado, como empresário ou no exercício de função administrativa, e não no

⁵⁸⁸Hamilton de Moraes e BARROS, *Comentários ao código de processo civil*, v. 9, p. 367.

exercício da função jurisdicional, a proteção a invocar-se será a do direito comum, ou seja, a das ações poseeseonee.Y''

Até mesmo o desforço imediato, instituto de Direito Civil que se acha disciplinado pelo art. 1.210, § 1º do Código Civil de 2002, tem o uso afastado quando o esbulho ou a turbação, bem como a simples ameaça provém de uma ordem judicial, mesmo porque a recusa em cumpri-la poderá até configurar, ao menos em tese, o crime de desobediência previsto no art. 330, do CP.

Embora a hipótese pareça difícil, ao se observar melhor a diferença já traçada entre os conceitos de *ingressos* ou *entradas* e *receitas*, na prática poderão surgir inúmeras situações que admitem o uso dos embargos de terceiro, seja para prevenir que a penhora atinja bens que não integram o patrimônio do executado ou, então, para liberar os que, direta ou indiretamente, acabem sendo objeto de apreensão judicial.

Com efeito, se algum terceiro tiver bens, incluindo-se dinheiro de contado ou valores arrecadados pelo executado, cabendo a esse apenas o repasse, ou, então, que essa situação vá se caracterizar na prática, será o caso de o interessado valer-se dos referidos embargos para, em havendo a penhora de faturamento ou a possibilidade de sua concretização, esses ingressos não ficarem direcionados à garantia do juízo nem à satisfação da dívida do exequente.

No primeiro caso, existirá a ameaça de a constrição atingir esses bens, sendo interessante, para o terceiro, o afastamento dessa possibilidade, caso em que ingressará com os embargos e pedirá liminar que assegure a entrega dos bens ou valores quando ingressarem no movimento do executado. Na segunda hipótese, a penhora já estará produzindo efeitos em relação aos bens ou valores, privando o terceiro, que pedirá liminar visando a imediata liberação.

Dois exemplos podem resolver a questão:

- a. um sindicato, que tem a seu favor a arrecadação das chamadas contribuições confederativas, que serão descontadas dos empregados do estabelecimento atingido pela penhora de faturamento, poderá se utilizar dos embargos de terceiro para evitar que a constrição contemple essas

somas que lhe pertencem. Em tal situação, os embargos objetivarão afastar a ameaça da constrição indevida;

- b. numa outra situação, o credor de pensão alimentícia já descontada da folha de pagamento não recebe do administrador/depositário o valor respectivo. Ele irá se valer dos embargos de terceiro para que a penhora deixe de produzir efeitos em relação a esse *quantum*, pedindo liminar, que poderá ser deferida ante a natureza alimentar do valor retido indevidamente pelo administrador.

Outras situações mais simples que essa permitirão o manejo dos embargos de terceiro como, por exemplo, quando a penhora de faturamento atingir, por vias oblíquas, uma máquina ou imóvel de titularidade de terceiro, mas que esteja em poder do executado e com ele permaneça durante o processamento da execução, ficando o representante legal da empresa devedora afastado de suas atividades normais. Em tal hipótese, se o plano de administração regularmente aprovado estipular poderes para o depositário praticar atos de arrecadação ou se transferir toda a representatividade da empresa para esse órgão judicial, a medida terá de ser usada para restabelecer a posse do bem que estiver no estabelecimento do executado ao seu efetivo titular.

É certo observar ainda que, nos embargos de terceiro, também denominados de *embargos de sepersção?*", o executado, de regra, não intervém, sendo instaurada a medida apenas entre o terceiro, que figura como embargante, e o exeqüente, a quem a penhora aproveita e beneficia, que aparece como embargado. Nem o administrador, nem o representante legal da executada, se permanecer à frente dos negócios, nem mesmo a própria executada, formarão litisconsórcio com o exeqüente.

Também pode surgir discussão sobre a possibilidade de apresentação desses embargos visando liberar o próprio estabelecimento, afastando-o da penhora. Com efeito, como *tutelam os embargos de terceiro direitos preexistentes à apreensão iuiciel?*", se o estabelecimento for objeto de algum negócio anterior, translativo ou constitutivo conforme admite o art. 1.143 do Código Civil em vigor, e

⁵⁹Hamilton de Moraes e BARROS, *Comentários ao código de processo civil*, v. 9, p. 358.

⁵⁹Hamilton de Moraes e BARROS, *Comentários ao código de processo civil*, v. 9, p. 370.

se acabar sendo atingido por um ato de apreensão judicial, fica aberta a discussão acerca da possibilidade de manejo dos falados embargos de terceiro.

Tal hipótese, entretanto, parece ser impossível de chegar a um resultado prático favorável ao embargante, pois a eficácia da alienação, do arrendamento ou do usufruto em relação ao exeqüente dependerá da prévia averbação do contrato à margem da inscrição de empresário do executado e também não produzirá efeito se não forem satisfeitos todos os credores, exigindo pelo menos o consentimento deles, expresso ou tácito, desde que prévia e regularmente notificados (art. 1.145, do CC). Ora, ainda que se demonstre a precedência da averbação no registro competente, se o exeqüente tem uma ação contra o executado, está claro que este não poderia alienar o estabelecimento a outrem. Se o fez, o ato será ineficaz em relação a esse credor, mesmo se o contrato que prever a alienação tiver sido regularmente averbado, salvo se o exeqüente, regularmente notificado acerca da alienação, quedou-se inerte.

É importante verificar que a lei retira a ineficácia do ato apenas em relação ao alienante (obviamente no contrato de alienação do estabelecimento), nada dispendo quanto ao arrendamento ou à estipulação de usufruto.

No primeiro caso, de arrendamento do estabelecimento, o exeqüente poderá preferir atingir o valor acordado a título de aluguel à penhora do faturamento. Aliás, o aluguel que for pago no decorrer da ação consistirá na receita de faturamento, podendo ser integralmente penhorado, consistindo esse caminho na única forma encontrada de simplificação da penhora estudada no presente trabalho.

Em relação ao usufruto, embora o legislador não tenha afirmado, é de se dispensar o mesmo tratamento previsto no art. 1.145, do Código Civil, não emprestando eficácia ao ato, pois o usufruto consiste numa forma de alienação parcial do estabelecimento, de modo que não pode produzir efeitos em relação ao alienante.

2.6.2. A medida cautelar

A medida cautelar que pode ser aforada incidentalmente aos embargos do executado, foi objeto de estudo no capítulo que tratou conjuntamente da antecipação da tutela, prevista no art. 273, do CPC que, foi visto, não pode ser descartada na ação incidental?".

Verificar-se-á, aqui, a medida cautelar utilizada nas instâncias excepcionais, para viabilizar efetividade aos recursos especial ou extraordinário.

Pode acontecer que o executado tenha a penhora do seu faturamento ordenada em primeiro grau, quando, então, ele ingressa com agravo de instrumento. Esse recurso, sendo julgado pelo tribunal competente, comporta recurso especial que, entretanto, não possui efeito suspensivo.

No caso do agravo de instrumento ser manejado no seio da ação de execução, não se poderá dizer que ficará retido nos autos, pois o art. 542, § 3º, do CPC cuida de outras hipóteses. Desse modo, o recurso especial permanecerá retido quando tratar-se de processo de conhecimento ou medida cautelar, de maneira que, no processo de execução, não poderá acontecer o mesmo.

Embora o recurso especial suba ao Superior Tribunal de Justiça, serão inegáveis os efeitos imediatos da decisão proferida pelo tribunal local em relação ao agravo de instrumento, afastando, determinando ou mantendo a penhora de faturamento. Para obstá-los, a parte poderá lançar mão da medida cautelar".

Há casos de utilização da medida cautelar até para se emprestar efeito suspensivo a recurso ordinário em *habeas corpus*, em que se objetiva a liberação do administrador do encargo de depositar parte do faturamento em juízo?".

592Videcapítulos 2.1. Meios de impugnação da penhora de faturamento e 2.2. A questão de estar seguro o juízo.

593BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL - MEDIDA CAUTELAR - EMPRESA - FATURAMENTO - PENHORA - CPC, ARTS. 677 E 678 - INSOLVÊNCIA - PERIGO - I - A penhora no faturamento de empresa só pode ser efetivada, observando-se as cautelas apontadas pelos Artigos 677 e 678 do CPC. II - A constrição de vinte por cento sobre o faturamento de qualquer negócio pode, em tempos difíceis como os atuais, conduzir à insolvência e seus dolorosos efeitos (desemprego, etc.). MC - 2753 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 05.11.2001 - p. 79.

594BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU - EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - IMINÊNCIA DE PRISÃO CIVIL - 1. Medida Cautelar intentada no intuito de atribuir efeito suspensivo a recurso ordinário em *habeas corpus* a ser interposto, para fins de garantir ao requerente não ser compelido à ordem de prisão em face do não cumprimento de ordem judicial objetivando a penhora sobre o faturamento da empresa em que é sócio. 2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua

Para o deferimento da liminar e conseqüente admissão da própria cautelar, o Superior Tribunal de Justiça poderá ingressar no exame do cabimento do próprio recurso especial, de sorte que, sendo ele inadequado na espécie, a cautelar seguirá o mesmo caminho?". Mas há decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça sustentando que a medida cautelar não pode enveredar pela apreciação do cabimento do apelo extremo, quando em fase de processamento na instância de origem, até porque, ante a bipartição do juízo de admissibilidade, o Tribunal estaria

finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. 3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 4. Em casos que tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. 5. Há, em favor do requerente, a fumaça do bom direito (decisões mais recentes desta Corte no sentido de não ser possível a penhora sobre o faturamento de empresa) e é evidente o perigo da demora (a imediata execução do *decisum a quo*, determinando-se a penhora na empresa supra, com prejuízos incalculáveis à mesma, e/ou a possível prisão do requerente, sócio da empresa atingida). 6. Tais elementos, por si só, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito. 7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas relações jurídicas de direito público. 8. Agravo regimental prejudicado. Medida Cautelar procedente. MC 2602-RJ, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJU 16.10.2000, p. 284.

595BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO NA MEDIDA CAUTELAR ORIGINÁRIA - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - APARENTE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL - FUMUS BONI IURIS - AUSÊNCIA - DECISÃO - MOTIVAÇÃO - NULIDADE - PRINCÍPIOS DA FINALIDADE E DO PREJUÍZO - FATURAMENTO DE EMPRESA - PENHORA-EXCEPCIONALIDADE - Cuidando-se de medida cautelar originária ajuizada com objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial, está o relator autorizado a proceder a um juízo prévio e perfunctório de viabilidade do recurso especial, pois, apresentando-se este manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante de Tribunal Superior, o seu aparente insucesso prejudica a admissibilidade do pedido cautelar. Na hipótese em que é atingido o fim perseguido pela exigência de motivação das decisões judiciais, de modo a restar garantida a possibilidade de impugnação da decisão, é injustificável o rigor formal, devendo-se, ante à ausência de prejuízo às partes, afastar a pretendida decretação de nulidade, por prestigiar tal entendimento os princípios da finalidade e do prejuízo que regem o sistema de nulidade processual. Não se conhece o recurso especial que deixa de impugnar, especificamente, os fundamentos em que restou assentado o acórdão recorrido. É admissível, em hipóteses excepcionais, a penhora sobre parte de faturamento de empresa. AEMC 3596 - SP - 3ª T. - Relª Mina Nancy Andrighi - DJU 25.06.2001 - p. 166.

invadindo seara alheia?". Por conseguinte, a decisão do relator, que conceder⁵⁹⁷ ou que negar a liminar, desafiará agravo regimental".

Presentes os requisitos da cautelar, a liminar deve ser deferida imediatamente?". O Superior Tribunal de Justiça tem decidido também que a ausência de bens penhoráveis pode impedir a concessão da liminar, pois isso justificaria a penhora de faturamento. Num caso específico, embora o executado tivesse

596BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - PRETENSÃO LIMINAR DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA SOB EXAME NA ORIGEM - ICMS - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO PARCIAL DE SUPERMERCADO - VALOR JÁ EXIGIDO DO CONTRIBUINTE DE FATO, CONSUMIDOR DO PRODUTO - LEI Nº 6.830/80, ART. 9º, I - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA NÃO CONFIGURADOS - I - A concessão de medida cautelar liminar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial ainda em exame de admissibilidade na Instância a quo, constitui hipótese excepcional. II - Caso em que a decisão do ego Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro mantendo a penhora já efetuada sobre percentual do faturamento da executada não se encaixa no quadro acima, porquanto, de um lado, o valor do ICMS discutido já foi cobrado do contribuinte de fato, por estar inserido no preço do produto vendido pelo supermercado, e, de outro, não se identifica, de pronto, interpretação teratológica ou desarrazoada na aplicação do art. 9º, I, da Lei nº 6.830/80, efetuada pela Corte de 2º grau, não sendo este o momento para se rejulgar a matéria, por importar em verdadeira antecipação do exame de recurso especial sequer admitido na origem. III - Instrução processual, ademais, deficiente, eis que não veio à colação cópia do acórdão recorrido, peça essencial ao melhor exame da controvérsia. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. Liminar indeferida. AgRg-MC 1710 - RJ - 2ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - DJU 25.10.1999 -p.69.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou também as Súmulas n.º 634 (*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.*) e 635 (*Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade*), que deverão ser observadas quando do manejo de recurso extraordinário.

597BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU PARCIAL PROVIMENTO LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. PENHORA SOBRE O ESTABELECIMENTO COMERCIAL. MANUTENÇÃO DE PRAÇA E LEILÃO DOS BENS REMANESCENTES. 1. Agravos Regimentais interpostos contra decisão que concedeu, parcialmente, a liminar nos termos em que pleiteada, para emprestar efeito suspensivo ao Recurso Especial manifestado contra o acórdão que ordenou a penhora do estabelecimento comercial da requerente, até o seu trânsito em julgado, ficando vedada, até pronunciamento judicial futuro, qualquer penhora nesse sentido. Determinou-se, entretanto, a manutenção da penhora sobre os demais bens da requerente, excetuando-se, como explicitado, o imóvel onde funciona as suas atividades. 2. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. Portanto, o poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. 3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 4. Em casos tais, pode

demonstrado possuir um imóvel localizado noutra comarca, distinta da em que corria a execução, a liminar não foi deferida?".

Entretanto, a decisão do relator que extinguir a cautelar comportará qual recurso? A saída será interpor agravo regimental, conforme previsto no art. 258, do RISTJ⁶⁰¹.

ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. 5. Há, em favor da requerente/agravada, a fumaça do bom direito (decisões mais recentes desta Corte no sentido de não ser possível a penhora sobre o estabelecimento comercial da empresa) e é evidente o perigo da demora (a imediata execução do *decisum a quo*, determinando-se a penhora no imóvel onde funciona as atividades da empresa, com prejuízos incalculáveis à mesma e às famílias de seus funcionários). 6. Tais elementos, por si sós, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito. 7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público. 8. Agravos regimentais improvidos. AgRg na Medida Cautelar n.º 4.217-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 04.02.2002, p. 290.

59ºBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - PERCENTUAL DO FATURAMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÃO CONHECIMENTO - RECURSO ESPECIAL - MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO - DEFERIMENTO DE LIMINAR - AGRAVO REGIMENTAL - CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA - FUNDAMENTOS INABALADOS - IMPROVIMENTO - Deferida a liminar, nos autos de medida cautelar, se persistem inabalados os fundamentos que reconheceram presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não há como dar provimento a agravo regimental, para reformar o *decisum* impugnado. Agravo improvido. AgRg na Medida Cautela n.º 3411-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 25.06.2001, p. 103.

599BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR - EXECUÇÃO - PENHORA DE FATURAMENTO DA EMPRESA - Concessão da liminar, em face da presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Improvimento do agravo regimental. AGRMC 2775 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 27.11.2000 - p. 127.

No mesmo sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MEDIDA CAUTELAR-EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - Presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora, é possível o deferimento de medida cautelar a fim de conferir efeito suspensivo a recurso especial. Não se admite, a não ser em casos excepcionais, a penhora sobre o faturamento da empresa. Medida cautelar procedente. MC 1795 - PI-1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 07.02.2000 - p. 116.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - PENHORA DE FATURAMENTO DA EMPRESA - CONCESSÃO DA LIMINAR - Pedido liminar que se defere, em medida cautelar, que tem por objetivo agregar efeito suspensivo a recurso especial voltado contra acórdão que admitiu a penhora do faturamento da empresa, uma vez presentes os pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. MC 1475 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Waldemar Zveiter- DJU 07.06.1999 - p. 101.

600BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - PENHORA SOBRE FATURAMENTO - 1. Ausência de pressupostos ensejadores da cautela. 2. Ausência de bens para

Não sendo afetada a vida da empresa com a penhora de faturamento, o que pode acontecer quando a constrição recai sobre parte mínima das suas receitas, a medida cautelar será indeferida⁶⁰².

A medida cautelar julgada procedente poderá impedir a constrição do faturamento, caso em que transitará em julgado desse modo?". Em tal hipótese, pergunta-se: o tribunal não irá conhecer o recurso especial, que ficará prejudicado? Ao que parece, a resposta é negativa, ou seja, o apelo extremo terá de ser enfrentado, pois o espectro de incidência da cautelar é bem mais restrito que o do recurso especial⁶⁰⁴.

garantir a execução, senão bem imóvel em longínqua Comarca e de duvidoso valor. 3. Agravo regimental improvido. AGRMC 3133 - SP - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 27.11.2000 - p. 150.

601BRASIL, *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*: "Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. § 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso. § 2º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido.

602BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR - RECURSO ESPECIAL FUTURO - AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO REGIMENTAL - PENHORA DE PERCENTUAL MÍNIMO DO FATURAMENTO DA EMPRESA - 1. Esta Corte, verificados alguns requisitos, vem admitindo a penhora de parte das rendas de empresa inadimplente. Na hipótese dos autos, foram penhorados, apenas, 5% do faturamento da devedora e o despacho do MM. Juízo de Direito, expressamente, afirmou que a mesma não tem outros bens suficientes para garantir a dívida e que a importância diária penhorada não afetará o capital de giro ante a lucratividade evidente da atividade praticada. 2. Medida cautelar improcedente. MC 3462 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 09.04.2001, p. 349.

603BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - REQUISITOS - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - Presentes os requisitos autorizadores, o Superior Tribunal de Justiça tem concedido medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial. A penhora que recai sobre o rendimento da empresa equivale à penhora da própria empresa, razão pela qual este Superior Tribunal de Justiça não tem permitido. Havendo trânsito em julgado da decisão concessiva de liminar em medida cautelar, resta definitivamente decidido que estão presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. Medida cautelar procedente. MC 2853 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 19.02.2001, p. 143.

604BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO - MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU - EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - IMPOSSIBILIDADE - 1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. 2. Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência,

2.6.3. O *habeas corpus*

O *habeas corpus* também figura no rol das medidas que visam discutir a penhora de faturamento, mas isso não se dá de maneira direta, dado que o remédio heróico é usado para proteger a liberdade de locomoção do administrador judicial ou depositário, não servindo para afastar a penhora propriamente dita.

Vale notar que não há em nossa lei processual civil qualquer disposição acerca da possibilidade de o depositário judicial responder com a constrição de sua liberdade de locomoção quando verificada a infidelidade em sua conduta, nem mesmo nos casos em que ele ocupa a missão de apenas guardar um determinado bem.

Existe, é certo, o comando constitucional, que deferiu ao legislador ordinário competência para o tratamento do assunto, admitindo como válida a prisão civil no caso de depositário infiel e de falta de pagamento de prestação alimentícia atual?".

aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto. 3. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se aí a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares inaudita altera pars) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. 4. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus bani iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 5. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal a quo e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. 6. Há, em favor da embargada, a fumaça do bom direito (decisões mais recentes desta Corte no sentido de não ser possível a penhora sobre o faturamento de empresa) e é evidente o perigo da demora (a imediata execução do decisum a quo, determinando-se a penhora, com prejuízos incalculáveis à requerente). 7. Tais elementos, por si só, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito. 8. Pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido ser viável a concessão de cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial cujo exame de admissibilidade não foi ainda realizado pelo Tribunal a quo, tendo em vista a relevância da matéria discutida na demanda. 9. Não preenchimento dos requisitos necessários e essenciais à apreciação dos aclaratórios. 10. Embargos rejeitados. EMC 4180 - SP - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 17.06.2002, p. 192.

605BRASIL. Constituição Federal de 1988. "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"

Mas é só. Em judicioso voto, o Desembargador Sérgio PITOMBO asseverou que

É preciso repetir e mais outra vez: não se cuida de depósito, derivado de contrato; nem de depósito necessário; todas hipóteses nascentes no Código Civil (arts. 1265 a 1281 e 1282 a 1287). O depósito, aqui, se rege pelo Código de Processo Civil (arts. 139; 148 a 150; 666; 672, § 1º; 677 e 678; 690, § 1º, n. 11; 733; 824 e 825; 858 e 859; 919; e 1.145, § 1º). Os mandamentos processuais não aludem à prisão. Não se aplica ao depositário de bem penhorado, arrestado ou seqüestrado - por exemplo - os preceitos referentes à ação de depósito (arts. 901 a 906, do Cód. de Proc. Civil).⁶⁰⁶

Em que pese o exposto e a despeito de apenas existir um dispositivo na Constituição de 1988 que, por certo, não poderia, de per si, ter a aplicação almejada, dado que seu direcionamento teve em mira o legislador ordinário, limitando de certo modo sua competência para autorizá-lo a, editando lei, prever esse tipo de coação apenas em duas situações (a do depositário infiel e a do devedor de prestação alimentícia), a jurisprudência inclina-se em admitir a prisão civil do depositário infiel⁶⁰⁷.

Assim, por via oblíqua a penhora de faturamento é discutida na impetração de *habeas corpus*, seja para afirmar a nulidade da penhora, ante o descumprimento de algum requisito essencial (a falta de nomeação de administrador, a inexistência de assinatura no termo de nomeação, a não apresentação de plano de administração ou sua não aprovação pelo juízo da execução etc.) ou mesmo por não ter o paciente aceitado o encargo de depositário.

⁶⁰⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus n.º 174.687.5/8-00 de São Paulo. Impetrante: Luiz Antônio Caldeira Miretti. Paciente: Fernando Celso Bueno, j. 07.08.2000, grifou-se.

⁶⁰⁷Bastaconsultar as seguintes decisões: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 17528 - SP, 3ª T., Relª Mina Nancy Andrichi, DJU 04.03.2002, p. 253; HC 20932 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 16.09.2002, p. 187.

O paciente também poderá discutir a inexistência de justa causa que torne razoável a recusa, sob ameaça de prisão, de depositar em juízo os valores ou percentuais fixados no plano de administração como, por exemplo, o consumo de todas as receitas com o adimplemento de obrigações legítimas e exigíveis da empresa executada. Obviamente, ele não poderá escapar desse decreto se existirem despesas completamente supérfluas ou pagamentos de dívidas inexigíveis, pois aí terá se descurado de suas funções.

Importa verificar que o *habeas corpus* tanto pode ser preventivo, quanto também pode objetivar a cessação de coação já instaurada e atual. *"Violências, que passaram, por maiores que tenham sido, não encontram nenhum amparo no remédio do habeas corpus. Violências passadas constituem crimes, que enchem alguns artigos do Código Penal, e pode o paciente recorrer ao juízo cível a fim de haver perdas e danos."*⁶⁰⁸.

Noutras palavras, a medida tem por finalidade:

- a. fazer cessar a coação atual, libertando o depositário acaso recolhido injustamente à prisão;
- b. ou para impedir que a prisão se concretize, sendo em tal caso preventiva a impetração?"

Para lançar mão do remédio preventivo, a ameaça terá de ser efetiva, não podendo decorrer de meras suposições ou conjecturas do impetrante. É oportuno observar que a simples advertência do juízo da execução, no sentido de comunicar ao administrador a possibilidade de prisão caso não entregue os bens confiados à sua guarda, pode não ser o bastante para configurar constrangimento ilegal⁶¹⁰.

Pode acontecer também que o impetrante tenha interesse em discutir possível coação ilegal em sua nomeação para o cargo de administrador. Ressalta-

⁶⁰⁸Pontesde MIRANDA, *História e prática do habeas corpus*, tomo I, p. 209.

⁶⁰⁹Pontesde MIRANDA, *História e prática do habeas corpus*. tomo II, p. 147: O remédio preventivo é para impedir que se realize a ameaça de coação, por ser ilegal o que se teme.

⁶¹⁰Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. HABEAS CORPUS PREVENTIVO - AMEAÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INOCORRÊNCIA - ADVERTÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL - MEDIDA AFEIÇOADA À LEI - ORDEM DENEGADA - DECISÃO UNÂNIME - Não sofre ameaça de coação ilegal, quem é advertido quanto à possibilidade de prisão civil, de depositário judicial de bens em execução, no caso de sua infidelidade. HC 76615-6 - Rel. Des. Ozael Veloso - DJPE 16.08.2002 - *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003 - ementa n.o 28007670.

se, assim, que ninguém é obrigado a tanto, pois não há lei impondo ao executado esse *munus*. Dessa maneira, a negativa do devedor em assumir o encargo não configura sequer crime de desobediência, podendo o remédio heróico voltar-se contra uma ordem judicial ilegal que o esteja compelindo a ser administrador contra a vontade?".

Também se vê que *O fato de proceder de juízo cível ou de tribunal cível a ordem ou mandado de prisão de modo nenhum obsta à cognição dos pedidos de habeas corpus (Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1952, DJ de 6 de setembro de 1954, 2943 s.; errada (sic), a Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 27 de setembro de 1948, RT 177/60).612*

A autoridade coatora será, então, o juiz que ordenar a penhora de faturamento, iniciando-se a impetração diretamente junto ao tribunal a que estiver subordinada a apreciação da causa?". Da decisão do tribunal local, caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, cujo prazo de interposição é de 15 dias, conforme art. 508, do CPC⁶¹⁴. Entretanto, ainda que não observado esse prazo, o recurso intempestivo tem sido conhecido como *habeas corpus substitutivo*". Isso porque, ao emitir um pronunciamento sobre a questão, a Corte

611BRASIL.Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. DESOBEDIÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - DEVEDOR QUE SE NEGA A ASSUMIR O ENCARGO DE DEPOSITÁRIO DOS BENS PENHORADOS PARA GARANTIR A EXECUÇÃO - ATO QUE DEPENDE DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO EXECUTADO E CONCORDÂNCIA DO CREDOR -INTELIGÊNCIA DO ART. 666 DO CPC - Nos termos do art. 666 do CPC, o devedor não é obrigado a assumir o encargo de depositário dos bens penhorados para garantir a execução, pois depende da manifestação de vontade do executado e a concordância do credor; assim, a negativa do devedor em assumir o depósito não caracteriza o crime de desobediência, mormente quando a ordem dada pela autoridade é ilegal. HC 317.666-6-16^a C. - Rel. Juiz Mesquita de Paula-J. 19.02.1998-fonte: RT 755/635.

612Pontesde MIRANDA, *História e prática do habeas corpus*, tomo II, p. 167.

613Éde se distinguir o exercício da competência jurisdicional por delegação entre órgãos do Poder Judiciário. Assim, nas execuções fiscais de interesse da União e suas autarquias, processadas em primeiro grau diante da Justiça Comum Estadual nas comarcas onde não existe vara federal instalada, a impetração será feita perante o respectivo Tribunal Regional Federal, e não no Tribunal de Justiça Estadual.

614BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias. (Redação dada ao artigo pela Lei nO8.950, de 13.12.1994)"

615BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - INTEMPESTIVIDADE - CPC, ART. 508 - EXECUÇÃO FISCAL - DEPOSITÁRIO DE BENS FUNGÍVEIS E CONSUMÍVEIS - PENHORA SOBRE O PERCENTUAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA -INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS- CPC, ARTIGOS 678 E 719 - PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO - PRECEDENTES. - É intempestivo o recurso ordinário interposto após o prazo de quinze

de Justiça local passa a exercer - em tese - a coação ilegal, o que desafia a possibilidade de nova impetração perante o Superior Tribunal de Justiça.

A prisão será considerada ilegal quando decorrer de situação em que o administrador não tenha mais a disponibilidade do estabelecimento. Não poderá o juiz ou tribunal ordenar que faça depósito de determinado percentual aplicado sobre o *faturamento*, quando ele já não mais tiver a guarda e o controle dos valores ou do próprio estabelecimento. Nem mesmo em casos de abandono do estabelecimento, a prisão será possível, ante a falta de qualquer previsão legal a respeito. Basta verificar que, constatado o abandono, as partes acorrerão na busca da pronta nomeação de novo administrador, voltando o executado a, no mínimo, desempenhar suas atividades no local: isso será suficiente para fazer desaparecer qualquer causa que possibilite a prisão do administrador, pois o seu encargo consiste em restituir a coisa ou dizer onde se encontra, não tendo mais como fazer isso se ela voltar às mãos do executado ou, então, passar às de outro depositário.

O abandono do estabelecimento pelo administrador não autoriza a sua prisão, embora isso possa inegavelmente configurar em causa de responsabilização pelos danos que resultarem de tal conduta, podendo refletir inclusive em relação ao próprio exeqüente, dado que a sua responsabilidade afigura-se, em última análise, como objetiva por atos realizados na execução que se processa no seu exclusivo interesse. O depositário poderá livrar-se da prisão argumentando singelamente que o lugar em que se encontra esse bem - o estabelecimento - é do conhecimento do juízo, não tendo como impedir a sua restituição ao executado.

Significa dizer, então, que a prisão somente se legitimará e terá causa justa quando o administrador levar consigo ou permanecer indevidamente com valores ou bens pertencentes ao estabelecimento do executado, caso em que, instado a restituí-los, não apresentar justificativa que o desobrigue dos encargos advindos da

dias previsto no art. 508, do CPC. - Consoante entendimento pacífico desta ego Corte, a intempestividade não impede o exame de ofício, podendo, ainda" o recurso ser recebido como *habea corpus* substitutivo. - O depósito de bens fungíveis e consumíveis equipara-se ao mútuo, não sendo admissível a prisão do depositário. - A jurisprudência admite a penhora, em dinheiro, do faturamento mensal da empresa executada em casos excepcionais, desde que cumpridas as formalidades ditadas pela Lei Processual Civil, como a nomeação de administrador, apresentação da forma de administração e de esquema de pagamento. - Desrespeitadas as formalidades legais, não há que se falar em prisão civil pelo descumprimento do respectivo encargo. - Recurso ordinário não conhecido, ordem concedida de ofício. RHC 13721-SP (2002/0161351-1), 2ª Turma - Rel. Min. Francisco Peças Martins - DJU de 04/08/2003 - p. 246.

função. Sem embargo da conduta poder configurar crime, o que não é objeto de análise neste trabalho, a verdade é que o administrador não poderá valer-se de seu cargo ou função para, depois de destituído ou mesmo durante o exercício de suas atribuições, apoderar-se de bens e valores que não são seus. Nesse caso, a prisão servirá para compeli-lo à restituição.

Não obstante, são encontradas na jurisprudência decisões que validam decretos prisionais em casos de penhora de faturamento quando o administrador aceita o encargo de depositar valores à ordem do juízo da execução?". Essas decisões, com todo respeito, não parece-m ser as mais corretas, pois o objeto do depósito é, como visto, o estabelecimento. A obrigação do depositário consiste em administrar esse bem complexo para extrair dele fundos que sejam úteis à garantia e satisfação do crédito do exequente. Assim, salvo a hipótese prevista no parágrafo anterior, a prisão não será cabível, pois o administrador poderá simplesmente restituir o estabelecimento, quando então a ameaça de prisão terá de cessar.

Como já foi explicado no início deste trabalho, configurando a penhora de faturamento em constrição de direitos e não de dinheiro?", não é possível discutir as obrigações do administrador judicial pela ótica do mútuo, cuja característica está na fungibilidade da coisa emprestada?". Em tal situação - depósito de coisas fungíveis - é possível afirmar que o depositário não se submete à prisão por causa do disposto no art. 645, do Código Civil de 2002⁶¹⁹: ninguém pode ter a liberdade de locomoção restringida em razão de dívida decorrente de contrato de mútuo. Afinal de contas, não haverá prisão por dívidas, consagra o Texto Magno em seu art. 5º,

616BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS PREVENTIVO - PRISÃO CIVIL - FATURAMENTO DE EMPRESA - PENHORA - A depositária que aceita o encargo e responsabiliza-se pelo recolhimento do depósito, em juízo, do valor equivalente ao percentual sobre o faturamento da empresa penhorado deve efetuar-lo, não havendo constrangimento ilegal na advertência judicial que conclama o cumprimento da obrigação assumida, sob pena de prisão civil. HC 17528 - SP - 3ª T. - Rel" Mina Nancy Andrighi - DJU 04.03.2002, p. 253.

617Vide capítulo 1.5. Classificação da penhora de faturamento: penhora de direitos ou de dinheiro?

618BRASIL, *Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade."

619BRASIL, *Código Civil (Lei n.º 10.406, de 2002)*: "Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo."

inciso LXVII⁶²⁰. Constata-se, a despeito dessas peculiaridades acerca do mútuo, que o depósito judicial de coisas fungíveis acarreta a prisão do depositário, se infiel, haja vista que não se aplicam a ele as regras e disposições do Código Civil⁶²¹.

A prisão civil, no caso, não busca a satisfação do crédito do exequente. Longe disso. O que objetiva é a restituição da coisa depositada?", que, no caso, corresponde ao estabelecimento, como complexo de bens organizado para um fim específico, que é o exercício da empresa, conforme definido pelo art. 1.142, do Código Civil em vigor.

Como a penhora de faturamento não admite avaliação, o administrador não terá a opção de restituir o equivalente em dinheiro, cabendo-lhe devolver o estabelecimento no estado em que o recebeu, salvo se requerer ao juízo da execução que arbitre o valor desse bem, caso em que poderá depositar o *quantum* fixado e livrar-se da prisão. Isso, entretanto, se ocorreu o perecimento do bem como, por exemplo, a extinção do estabelecimento, não livra a responsabilidade do administrador, nem do exequente, pelos prejuízos advindos ao executado.

Existindo inventário de todos os bens e balanço levantado pelo administrador na data em que iniciou as suas atividades, cuja elaboração o executado deve exigir no começo, quando da penhora, sob pena de não saber o que será restituído no futuro, quando cessar a constrição, poderá verificar a

62ºBRASIL, *Constituição Federal de 1988*: "Art. 5º. - (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"

62Nesse sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO INFIEL - BENS FUNGÍVEIS - DEPÓSITO JUDICIAL - DILAÇÃO PROBATÓRIA - O art. 1280 do CC aplica-se ao contrato de depósito, com o qual não se confunde o depósito judicial de bens fungíveis. Alegações de fatos controvertidos, dependentes de investigação probatória, não autorizam a concessão da ordem de habeas corpus. Habeas corpus a que se denega. HC 22171 - GO - 3ª T. - Rel" Mina Nancy Andrichi - DJU 16.09.2002, p. 180.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DEPÓSITO JUDICIAL - BENS FUNGÍVEIS - IRRELEVÂNCIA NO CASO - Dissenso interpretativo não configurado. Tratando-se de depósito judicial, não se aplica a regra constante do art. 1.280 do Código Civil. Admissibilidade da prisão civil do depositário infiel. Recurso Especial não conhecido. RESP 402221 - MG - 4ª T. - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 26.08.2002, p. 239.

622BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. PRISÃO EM RAZÃO DE INFIDELIDADE DO DEPOSITÁRIO - FINALIDADE - A prisão do depositário não pode ser decretada como meio a coagi-lo ao pagamento do débito, servindo tão-somente para constri-lo a remediar a situação de infidelidade, com a apresentação do bem ou a consignação do seu equivalente em dinheiro. AI 0338435-0 - 6ª C.Cív. - Rel. Juiz Valdez Leite Machado - j. 07.06.2001 - *Juris Síntese Millennium*, jul ago 2003 - ementa n.º 34025510.

ocorrência de desídia, seja para procurar o ressarcimento cabível ou para pedir até mesmo a prisão do administrador, embora a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça não admita essa última hipótese?". De qualquer modo, se o balanço e inventário iniciais revelarem a existência de bens que o administrador, depois, não restitua ao executado, quando terminada a penhora, esse fato poderá configurar conduta infiel, capaz de admitir o decreto prisional. Para evitar a prisão em referida hipótese, o responsável poderá depositar, à ordem do juízo da execução, o valor constante do levantamento contábil, atribuído ao bem não devolvido.

Caso o administrador e o próprio exeqüente não se acautelem adequadamente, poderá até mesmo prevalecer o inventário geral e balanço levantados pelo executado e escriturados em seus livros, haja vista que os mesmos têm valor probante tanto a favor quanto contra o seu autor?",

Num cálculo bastante simplista, não será possível falar em prejuízos se o administrador restituir o estabelecimento ao executado apresentando demonstrações finais - inventário e balanço - evidenciando em comparação às inicialmente levantadas que a diminuição patrimonial foi equivalente aos depósitos efetuados à ordem do juízo da execução. Caso vá além disso, se a diminuição patrimonial for equivalente às despesas com a manutenção do estabelecimento, demonstrando-se que as receitas não resultaram suficientes para suportá-las, ainda assim não terá havido desídia alguma, salvo se ficar demonstrado que o administrador tinha meios de elevar o faturamento. Como essa situação revela-se bastante delicada e complexa, dependerá da casuística a verificação de desídia ou de prejuízos.

623BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS - DEPOSITÁRIO INFIEL - BENS PENHORADOS - DETERIORAÇÃO - PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - 1. O descumprimento do dever de guarda e conservação da coisa pelo depositário não autoriza, por si só, a imputação da pecha de infidelidade e conseqüente decretação da prisão civil. 2. A conduta desidiosa ou negligente do depositário na conservação dos bens em depósito resolve-se, se for o caso, em perdas e danos. 3. Interpretação restrita do art. 1.287, do Código Civil. 4. Ordem concedida. HC 20613 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Paulo Medina - DJU 02.12.2002, p. 266.

624BRASIL, *Código de Processo Civil*: "Art. 378. Os livros comerciais provam contra o seu autor. É lícito ao comerciante, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos." "Art. 379. Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes."

Em linhas gerais, o administrador nomeado terá de manter o estabelecimento, esforçando-se por restituí-lo ao executado em situação igualou até melhor em que o recebeu. Se ele permitir o seu perecimento com o encerramento das atividades, chamará para si toda responsabilidade, sendo capaz até mesmo de responder com a privação de sua liberdade de ir e vir se os bens que integravam o estabelecimento no início da penhora não voltarem ao controle do executado. Numa situação dessas, se compelido a restituir um estabelecimento que pereceu, nem terá como saber o seu valor equivalente em dinheiro para esquivar-se do decreto prisional. A saída que há em tal caso consistirá em instar o órgão julgador a arbitrar o valor desse bem (ou seja, do estabelecimento), para ter a oportunidade de entregar ao juízo da execução o equivalente em dinheiro.

Verifica-se mais uma hipótese capaz de admitir o uso do *habeas corpus*: a prisão será ilegal se o administrador não for informado do valor que terá de depositar em juízo para a prisão não se concretizar. Esse valor, não havendo avaliação na penhora de faturamento, terá de necessariamente ser arbitrado, constando de decisão fundamentada os motivos que permitam ao órgão julgador encontrar determinada cifra, podendo consistir em balanços patrimoniais, inventários e outros elementos.

3. Terceira parte

3.1. Conclusões

Não se pode pretender obter uma efetividade elevada com a penhora de faturamento, deixando-se de lado o cumprimento de um mínimo de formalidades que buscam essencialmente dar maior segurança ao procedimento, tanto para o exeqüente, quanto para o executado. Essa constrição exige um mínimo de formalismos, justamente para impedir a agressão ao patrimônio do executado sem dar-lhe, em contrapartida, o direito ao devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes.

A penhora de faturamento é uma medida excepcional amplamente admitida por nossa jurisprudência, que chega a afirmar que se trata de verdadeira *falência camuflada*, o que dá a entender que a sua realização resulta na derradeira oportunidade de se buscar uma garantia para a execução por quantia certa.

Por faturamento deve-se entender a somatória de todas as receitas que entram mensalmente no estabelecimento do devedor, assim considerados os valores recebidos em razão das operações à vista, dos pagamentos de títulos de crédito (cheques, duplicatas, notas promissórias) e também os recebimentos decorrentes das chamadas receitas não operacionais, como as provenientes da venda de bens do ativo permanente, as indenizações recebidas, os seguros pagos pelas companhias seguradoras etc. Das receitas, é preciso deduzir todas as despesas que o estabelecimento incorrer a cada mês, que são tidas como encargos, subtraindo-se também as provisões de pagamentos das remunerações dos empregados e os tributos gerados das atividades do administrador. A partir daí, esse último verificará a ordem de pagamentos, que constará de esquema que é aprovado antes de a penhora ser realizada para, então, respeitando-a, entregar ao juízo da execução os fundos líquidos que remanescerem em suas mãos.

Não consistem em faturamento os ingressos que, a despeito de entrarem no estabelecimento do executado, não modificam a sua situação patrimonial. É o caso, por exemplo, das pensões alimentícias descontadas pelo executado de seus empregados, que pertencem aos respectivos alimentandos.

Por seu turno, a penhora de faturamento consiste em penhora de direitos, não configurando penhora de dinheiro por não haver, no ato de sua realização, a disponibilidade de moeda em poder do executado, para ser apreendida. A mesma situação distingue a penhora de faturamento da de créditos: esses precisam existir para que possam ser apreendidos e entregues ao depositário.

Constrange-se o direito de auferir frutos ou rendas. E, na medida em que o administrador deposita à ordem do juízo da execução os valores que remanescerem em seu poder, depois de cumprida a ordem de pagamentos, essas quantias depositadas sub-rogam-se no lugar da penhora de faturamento. A justa causa para a manutenção dessa penhora desaparece se e quando existirem depósitos cuja a soma seja capaz de assegurar o pagamento do principal, juros, correção monetária e mais encargos da execução.

A penhora de faturamento não significa uma forma de execução concursal, não se compatibilizando com a concordata preventiva e com a falência do executado. Não pode persistir quando o devedor impetra concordata, pois significará a quebra da *par conditio creditorum*. Também não perdura quando há decretação da falência, pois, em tal hipótese a administração da massa passa às mãos do síndico, cujos atos objetivam a liquidação do ativo para a satisfação do passivo.

O cumprimento das formalidades legais (nomeação de administrador, aprovação de plano de trabalho e esquema de pagamentos) visa, em última análise, preservar o executado da prática de arbitrariedades que possam pôr em risco o funcionamento e a existência do estabelecimento.

A realização dessa penhora não se dá de forma indiscriminada, admitindo-se a constrição somente quando não se vislumbra outra alternativa para o credor obter garantias de satisfação de seu crédito.

Como medida excepcional, essa penhora exige um prévio esgotamento na busca ou descoberta de bens, com a descrição circunstanciada dos que guarnecem o estabelecimento do executado, o qual também precisa ser intimado com a advertência de que o silêncio poderá ser interpretado como ato atentatório à dignidade da justiça, para indicar ao juiz onde se encontram os bens que se sujeitam à execução. Determina-se, depois, se infrutíferas as buscas de bens, a apresentação de certidões imobiliárias e também as expedidas pelas autoridades de

trânsito. Caso essas certidões atestem a inexistência de imóveis e veículos em nome do executado, faz-se a apresentação de requerimento ao juiz da execução, para que o mesmo ordene a exibição, pela Secretaria da Receita Federal, de cópias das declarações de renda dos últimos exercícios, acompanhadas das relações descritivas dos bens que compõem o patrimônio do executado. A Secretaria da Receita Federal também pode apresentar informações, mediante requisição judicial, sobre as instituições financeiras responsáveis pela retenção de CMPPF em relação ao número do CNPJ da pessoa jurídica e até dos CPFs dos administradores, quando houver responsabilidade solidária dos mesmos. Essas informações permitem ao juiz e ao exequente uma tomada de posição, face a real constatação da situação patrimonial do executado. Depois de esgotadas essas alternativas e não sendo o caso de se buscar atingir bens dos administradores, por não se vislumbrar a hipótese de despersonalização da pessoa jurídica, aí sim, o caminho estará liberado para que a constrição recaia sobre o estabelecimento.

Há limites, subjetivos e objetivos, que precisam ser observados e respeitados nesse tipo de penhora.

Alguns executados estão fora do campo de incidência dessa coação, como, por exemplo, as pessoas físicas, que não possuem faturamento, haja vista que seus ganhos têm, geralmente, a natureza alimentar, destinando-se à manutenção da pessoa do devedor e dos seus familiares. Também as instituições financeiras, que se submetem à intervenção Banco Central do Brasil e as companhias seguradoras, submissas ao controle da Superintendência de Seguros Privados escapam dessa constrição. Admitir a penhora nesses casos significa usurpar a competência desses órgãos de controle e fiscalização.

E alguns exequentes não poderão requerê-la, pois agindo assim poderão estar, por vias oblíquas, violando as leis que dispõem sobre a liberdade de concorrência, dominando, por exemplo, mercados de certos produtos e serviços.

Os limites objetivos estão ligados especificamente ao valor do crédito objeto da execução, à possibilidade de se extrair fundos da administração do faturamento e ao tempo de duração da penhora.

O valor do crédito, embora a lei não fixe um valor mínimo, nem máximo, precisa justificar a coação: precisa ser razoável. Além disso, os fundos que podem

ser extraídos do estabelecimento necessitam, num primeiro momento, ser úteis ao menos à própria execução: caso não suportem o pagamento das despesas do processo, incluindo as geradas com a própria penhora (dentre as quais estão as remunerações do administrador e dos seus auxiliares), não poderá ser determinada ou, se efetuada, necessitará ser desfeita. Em tal hipótese, a penhora será inútil. Também os fundos precisam ser de tal monta que possibilitem vencer não só as despesas do processo, mas também os encargos que pesam sobre a própria dívida. Não sendo possível obter somas capazes de suportar os juros, mais a correção monetária e, ainda, parte da dívida, que será amortizada, a penhora poderá protraí-se no tempo a ponto de eternizar-se. Em razão disso, aconselha-se, antes de sua realização, que o juiz determine à pessoa que for intimada a apresentar o plano de administração, que entregue uma estimativa plausível dos frutos que poderão ser obtidos com a penhora de faturamento. Esse procedimento poderá evitar transtornos e até mesmo riscos e despesas inúteis para o exeqüente.

Apresentando-se a penhora de faturamento como uma constrição de caráter excepcional, capaz de ser efetivada só depois de esgotadas outras possibilidades de se atingir o patrimônio do executado, pode ocorrer de ela ser requerida depois que outros bens já tenham sido constriados, mas que não se apresentam suficientes para garantir a execução. Nesse caso, o executado será intimado da realização da coação, sendo aberta a oportunidade para apresentar embargos, que ficam limitados, entretanto, aos aspectos formais, relativos à segunda constrição, dado que na primeira penhora o devedor já teve a chance de discutir a própria execução, quando lhe foi facultada a arguição das matérias pertinentes, mais amplas nas execuções de títulos extrajudiciais e bastante restritas nas de títulos judiciais. Apenas se a primeira penhora for declarada nula, o executado terá, na segunda, nova oportunidade para discutir amplamente a execução.

Consiste essa penhora na coação que atinge o estabelecimento do executado, com o objetivo de garantir a execução, proporcionando durante a sua manutenção a obtenção de fundos líquidos decorrentes da administração do faturamento, que vão sendo depositados à ordem do juízo para, depois, serem revertidos em benefício do exeqüente, para satisfação do seu crédito.

A referida constrição, por atingir o próprio estabelecimento do executado, exige a nomeação de administrador e a apresentação de plano de trabalho e esquema de pagamentos, reclamando verificação e análise das contas, das compensações financeiras, da movimentação bancária e dos lançamentos contábeis.

Os requisitos essenciais para sua validade constam dos artigos 677 e 678, do CPC, consistindo em:

- a. decisão fundamentada, reconhecendo não haver outra alternativa para o credor e determinando a penhora de faturamento;
- b. a nomeação do administrador;
- c. a apresentação, pelo administrador e no prazo de 10 dias, de um plano de administração e esquema de pagamentos;
- d. e a homologação do referido plano, com a assinatura do termo da penhora, para posterior cientificação do executado.

O administrador pode ser o próprio representante legal do executado, ou, caso ele não apresente um plano de pagamentos dentro do prazo de 10 dias da intimação, terá de ser escolhido entre outras pessoas.

Não se pode obrigar o representante legal a assumir a administração do estabelecimento, quando ordenada a penhora de faturamento, embora a recusa injustificada possa ser interpretada como ato atentatório à dignidade da justiça.

O administrador que for nomeado não pode estar impedido de praticar atos empresariais. Para valer contra terceiros, o termo que for lavrado precisará ser averbado perante o registro competente: Registro de Empresas, no caso de sociedades empresárias; Registro de Pessoas Jurídicas, em se tratando de sociedades simples. Ele pode ser auxiliado por prepostos ou auxiliares, mas as suas funções e responsabilidades são indelegáveis. O executado poderá exigir dele ou do próprio exeqüente a prestação de caução, face os riscos inerentes a esse tipo de penhora.

Ao entrar na posse do estabelecimento, o administrador precisará fazer um balanço de verificação, com levantamento de inventário. Zelar, acima de tudo, pela preservação do estabelecimento e prestará contas mensalmente ao juízo da execução, depositando à sua ordem os fundos líquidos que remanescerem em seu

poder, além de levantar os balanços anuais, exigidos pela lei que disciplina as atividades empresariais. Levará ao conhecimento do juiz os fatos relevantes que possam afetar as atividades do estabelecimento, que restituirá ao executado ou a quem o juiz da execução determinar, quando terminar a coação.

O administrador responderá pelos danos que, por dolo ou culpa, acarretar às partes. Terá direito, entretanto, a uma remuneração. Por seu turno, a responsabilidade do exeqüente é objetiva, em relação aos danos que a penhora de faturamento acarretar ao executado.

O não preenchimento dos requisitos essenciais (nomeação de administrador e aprovação de um plano de pagamentos) torna absolutamente nula essa penhora e, em tal situação, poderá ser atacada pelos instrumentos adequados.

Além desses requisitos, outros constam dos artigos 716 a 729, do CPC, os quais, embora digam respeito ao usufruto de empresa, que não se confunde com a penhora de faturamento, também são aplicados a esse tipo de constrição, conquanto não sejam essenciais à existência válida do ato. Distingue-se o usufruto de empresa da penhora de faturamento por referir-se a primeira situação a um modo de expropriação para a satisfação e pagamento do credor, ao passo que a segunda refere-se a uma garantia em prol da execução.

Também podem surgir nulidades sanáveis quando se fala em penhora de faturamento. A não observância da gradação legal, por exemplo, tornará válida a penhora feita em detrimento de outros bens, sendo a inércia do executado colhida pela preclusão.

Ao devedor precisa ser assegurada uma efetiva oportunidade de manifestação antes da penhora de faturamento concretizar-se, para que, à vista do requerimento justificado do exeqüente, apresentado depois de esgotadas todas as chances de uma penhora eficiente que recaia sobre outros bens, se existentes, impugne tal pretensão. A gravidade dessa medida exige referida cautela, pois, com a sua efetivação suprime-se o corpo da empresa, com a entrega do estabelecimento a um administrador. Se o juiz impedir ou olvidar a manifestação do executado antes de ordenar a penhora de faturamento, atingirá em cheio os princípios do contraditório e da ampla defesa, elevados a cânones constitucionais.

É possível a existência de mais de uma penhora de faturamento, desde que haja a nomeação da mesma pessoa para exercer o encargo de administrador, sendo aconselhável também, fundando-se na conexão, a reunião de todas as ações contra o devedor comum. Pesando o encargo sobre mais de uma pessoa, haverá incompatibilidade lógica de se prosseguir com essa coação. Por isso, não se pode ter como compatível a penhora de faturamento e os concursos de credores.

Conquanto seja admitida a pluralidade de penhoras de faturamento, não é possível ordenar, em benefício de cada execução, a reserva de um percentual, pois isso pode resultar numa situação inviável: a soma dos percentuais poderá ser maior que as próprias receitas integrais do executado, antes de descontar qualquer despesa ou encargo.

O melhor meio de discutir esse tipo de constrição é através do agravo de instrumento, dado que esse recurso admite a antecipação liminar da tutela recursal. Mas isso não afasta o uso dos embargos do devedor, nem do mandado de segurança, sendo o remédio heróico até mesmo possível em caráter preventivo, possível ainda o manejo de embargos de terceiro. Nem tampouco a apresentação de agravo prescinde a abertura de oportunidade para o devedor, em primeira instância, manifestar-se sobre o pedido de penhora de seu faturamento.

Não obstante esses meios de defesa, o executado poderá, ao deduzir embargos do devedor, requerer a concessão de antecipação de tutela, baseando-se no art. 273, do CPC, para efeito de tentar retomar prontamente a administração do estabelecimento. Em razão da fungibilidade nas tutelas de urgência (art. 273, § 7º, do CPC), o pedido também pode ser feito em medida cautelar incidental aos embargos.

O uso do mandado de segurança não é descartado, a despeito de seu uso ser bastante limitado na atualidade face a possibilidade, quando da interposição de agravo instrumento, de se pedir ao relator a concessão liminar da tutela recursal. Nota-se, entretanto, que a coação ilegal será permanente quando o juiz ordenar a penhora de faturamento sem obedecer ao figurino traçado pela lei, olvidando os seus requisitos essenciais. Dessa forma, o uso do mandado de segurança, por estar esgotado o prazo para manejar o agravo de instrumento, não encontrará o óbice constante do art. 18, da Lei n.º 1.533, de 1951. Havendo fundado receio de o

executado sofrer a coação do faturamento, antes mesmo de ser determinada nos autos, mas desde que a ameaça seja objetiva e atual, o mandado de segurança preventivo poderá ser impetrado e, em tal hipótese, a sua finalidade será afastar a ameaça da penhora.

Na esfera trabalhista, o mandado de segurança apresenta-se como instrumento tanto para tutelar o justo receio de o executado sofrer a penhora de faturamento, quanto para, preventivamente, afastar a sua realização, ressaltando-se que os requisitos essenciais para a efetivação dessa penhora acham-se no CPC (artigos 677, 678 e 716 a 729). O agravo de petição, recurso previsto na CLT, não tem o efeito de suspender o andamento da execução, não sendo adequado, portanto, o seu uso.

Quando a penhora de faturamento atingir ingressos que não consistem em receitas do executado, o prejudicado poderá utilizar-se dos embargos de terceiro para afastar a constrição sobre os seus bens. Também podem ser manejados em caráter preventivo, para evitar a incidência da penhora de faturamento sobre ingressos que não pertencem ao executado.

O *habeas corpus* aparece como medida posta à disposição do administrador nomeado contra a vontade ou para afastar a prisão em relação ao depositário quando não preenchidos os requisitos essenciais da penhora de faturamento. Também se houver vício insanável que fulmine a penhora, o *habeas corpus* poderá ser usado para, preventivamente, em caso de ameaça de coação, para proteger a liberdade de ir e vir do paciente, que requererá a expedição de salvo conduto.

A prisão do administrador não pode ser decretada como meio a coagi-lo ao pagamento do débito exigido na execução, servindo tão-somente para constrangê-lo a remediar a situação de infidelidade, com a restituição do estabelecimento a quem de direito.

Como essa coação é feita no interesse do exeqüente, ele assume os riscos dos danos que o executado vier a sofrer em razão da interferência do Estado na administração da empresa devedora.

A única hipótese de simplificação da penhora de faturamento encontrada neste estudo consiste no fato de a constrição atingir os aluguéis porventura

suportados pelo arrendatário, quando celebrado entre o executado e terceiro um contrato de arrendamento abrangendo todo o estabelecimento. Nesse caso, a coação permitirá que o exeqüente arrecade esses valores, que serão usados como garantia da execução ou mesmo para a satisfação da dívida.

De *lege ferenda*, o legislador poderia prever com maior detalhamento as atribuições, encargos, funções e responsabilidades do administrador, estatuidando algumas obrigações correlatas às suas atividades como, por exemplo, a apresentação de balanços inicial e final, elaborados quando da investidura no cargo e quando da restituição do estabelecimento ao executado, para se permitir aferir com maior clareza a situação patrimonial do devedor e também para evitar que o mesmo passe a alegar o surgimento de prejuízos desmesurados, tentando o executado travestir-se de credor numa eventual ação de indenização contra o exeqüente.

Seria o caso de se proibir a pluralidade de penhoras de faturamento, prevendo-se, todavia, a realização dessa constrição como um requisito para se iniciar um processo de recuperação da empresa.

Aliás, até mesmo a atual Lei de Falências prevê a possibilidade de continuidade dos negócios do falido, fazendo isso, conforme informa a doutrina citada neste trabalho, no intuito não de permitir a liquidação do ativo, mas para possibilitar um fio de esperança quanto à recuperação da empresa, com a retomada de suas atividades.

A sugestão que fica, então, é no sentido de a novel legislação sobre a recuperação da empresa, constante do Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993, estabelecer que a penhora de faturamento, uma vez requerida, poderá deflagrar a instauração de procedimento tendente a verificar a viabilidade da recuperação da empresa, disciplinando melhor o legislador as incumbências e responsabilidades do credor que buscar essa constrição. Em tal caso, o legislador terá de resolver o problema relativo à conversão de um procedimento noutro: de execução singular para concursal, ainda que nesse último caso não fique configurada a insolvência, mas para beneficiar o maior número possível de credores, em função da maior onerosidade que decorre da penhora de faturamento. Terá de dispor, por exemplo, duas possíveis vertentes: a) ou o exeqüente concorda com a suspensão da

execução singular, por não existirem outros bens penhoráveis; b) ou se instaura a execução concursal.

O legislador não poderá positivizar a penhora de faturamento tal como a jurisprudência equivocadamente prevê na maioria dos casos, como um procedimento simplista que possibilita a extração de um percentual do movimento do executado, que é revertido como garantia da execução. Por menor que seja esse percentual do capital de giro, nota-se que ele é indissociável do estabelecimento, -além desse mecanismo, de se extrair uma parte como garantia da execução, não resolver o problema da pluralidade das penhoras sobre o mesmo estabelecimento, salvo se houver determinação legal para unificarem-se todas as execuções num só juízo, entregando-se a administração a um único depositário, hipótese muito difícil de se verificar na prática, principalmente nas comarcas maiores, em que vários juízos exercem a mesma competência territorial.

Também será preciso prever, a fim de se evitar abusos, que o requerente sofra alguma cominação caso deduza um pedido indevido nesse sentido, ou seja, quando sabe que o mesmo não tem fundamento ou que o executado possui outros bens capazes de garantir a execução e assegurar a satisfação de seu crédito.

Finalmente, o que não pode perdurar é a busca de uma satisfatividade no processo de execução que acabe custando a própria existência do executado, que fica sobremaneira abalada com o decreto da penhora de faturamento e que pode ter as suas atividades extremamente comprometidas com a efetivação dessa constrição. O cumprimento dos requisitos inerentes a esse tipo penhora resultará num equilíbrio mais adequado entre as partes, sendo inegável extrair-se deles maior segurança ao próprio exeqüente. Afinal de contas, se a execução tem o seu curso suspenso quando não são encontrados bens penhoráveis, a insistência do credor em continuar com o processo, quando só resta o estabelecimento, precisaria prever, insiste-se nisso, a possibilidade de modificação do tipo de tutela: de execução singular contra devedor solvente, para execução concursal, contra insolvente ou que beneficie determinados grupos de credores.

4. Bibliografia

ABRÃO, Carlos Henrique. *Depositário judicial na penhora de faturamento*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, ago 2000, v. 59, p. 7-12, mensal.

_____. *Penhora de cotas de sociedade de responsabilidade limitada*. 3ª edição atualizada, revista e ampliada. São Paulo: LEUD, 1996.

ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: LEUD, 1998.

ALMEIDA, Amador Paes. *Curso de falência e concordata*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, parte geral. 7ª edição revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao código de processo civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, v. II, Arts. 154-269. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*, v. 9: Do processo de execução, Arts. 646 a 735 (coord. de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Manual do processo de execução*. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, v. 2, 5ª edição - verbete *dinheiro*. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1970.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*. São Paulo: co-edição FIEO - Fundação Instituto de Ensino para Osasco e Editora Resenha Tributária, 1994.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10ª edição, revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Aspectos do "usufruto de imóvel ou de empresa" no processo de execução*. Revista de Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr jun 1982, v. 26, p. 9-20, trimestral.

_____. *Novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 19ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

_____. *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

BARRETO, Aires F. *Trabalho temporário e base de cálculo do ISS. Atividades comissionadas - distinção entre ingressos e receitas*, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, mar 2003, volume 90, páginas 7 a 20, mensal.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*, v. IX (arts. 946 a 1.102). 2ª edição/ 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição, atualizada. São Paulo. Editora Saraiva, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho. *A penhora de bem imóvel diante da Lei 8.953/94*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jul 1985, v. 717, p. 324, mensal.

BRASIL, *Projeto de lei n.º 4.376, de 1993* (redação final, aprovada pela Câmara dos Deputados), que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/plenario/resu_ltrredfin/PL_%204376 Acesso em: 25 nov 2003.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa (Análise jurídica da empresarialidade)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

CAMBI, Eduardo. *Efeito' devolutivo na apelação e duplo grau de jurisdição*. Juris Síntese n.º 31, São Paulo, Síntese Publicações, set out 2001, bimestral, 1 CD-ROM.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: introdução e função do Processo Civil*, v. I, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª edição. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 23ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, abril de 1998.

CARVALHOSA, Modesto. LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, volume 3, artigos 138 a 205 (artigos 138 a 174 e 201 a 205 por Modesto Carvalhosa; artigos 175 a 200 por Nilton Latorraca, com atualização de Luiz Cláudio Fontes), edição revista e atualizada. Editora Saraiva: São Paulo, de 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DIAS, Eduardo Rocha. *Penhora de faturamento de princípio da proporcionalidade*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nov 1998, v. 38, p. 41-45, mensal.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

Execução civil. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, v. 4 (Q-Z). São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

FISCHER, Octávio Campos. *A contribuição ao PIS*. São Paulo: Editora Dialética, 1999.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades* (Palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo em 26/06/2002, no curso "O direito de empresa no novo Código Civil"). Revista do Advogado, São Paulo, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIII, ago 2003, n.º 71, p. 15-25, mensal.

FRANÇA, R. Limongi (Coord). *Enciclopédia saraiva do direito: expressão "exercício financeiro"*, v. 35, p. 188-190; expressão "*remuneração*", v. 64, p. 499-501. São Paulo: Editora Saraiva, 1979 e 1981, respectivamente.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica, análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GOMES, Fábio. *Comentários ao código de processo civil*, v. 3: do processo de conhecimento - arts. 243 a 269. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, verbetes *fatura, tetureção, faturamento e faturar*, v. 10. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1998.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3 (processo de execução a procedimentos especiais). 16ª edição, atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo*. Revista de Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr jun 1999, v. 94, p. 34-66, trimestral.

HERNANDEZ, José Rubens. *A conversão do agravo de instrumento em retido*. Revista de Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jan mar 2003, v. 109, p. 148 a 168, trimestral.

HIGUCHI, Hiromi. HIGRUCHI, Fábio Hiroshi. *Imposto de renda das empresas, interpretação e prática* (atualizado até a Lei n.º 9.430/96). 22ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

IUDÍCIBUS, Sérgio de (Coord). *Contabilidade introdutória*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1983.

JURIS SÍNTESE MILLENNIUM, Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual. Repositório Autorizado de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho n.º 20/2000 e do Superior Tribunal de Justiça - em andamento (Processo adm. De 15.05.1999), São Paulo, Síntese Publicações, nov dez 2001, 1 CO-ROM, e jul ago 2003, bimestral. 1 CO-ROMa

LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar (com a adaptação ao novo código de processo civil de 1973, pela lei n.º 6.014, de 27.12.1973)*. 13ª edição, revista e atualizada por José de Miranda MAGALHÃES. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araras: Bestbook, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 4ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2000.

___ *a Posição hierárquica da lei complementar*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nov 1996, volume 14 - p. 19 a 22, mensal.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil (Revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval)*, v. 11.1ª edição atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium Editora, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil (revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval)*, v. V. 1ª edição atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium Editora, 2000.

_____. *Manual de direito processual civil*, v. 1 (teoria geral do processo civil). 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito: cheques, duplicatas, títulos de financiamento, títulos representativos e legislação*, v. 11.3ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2Sª edição, atualizada por Eurico de Andrade AZEVEDO, Délcio Balestero ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 1Sª edição atualizada pela Constituição de 1988 e legislação posterior por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MENDONÇA, Samuel. *Orientações metodológicas para a elaboração da monografia jurídica*. Campinas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, tomo 11 (Arts. 154-281). 3ª edição, revista e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

_____. *Comentários ao código de processo civil*, tomo X (Arts. 612-735). 2ª edição, revista e aumentada, atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

_____. *História e prática do habeas corpus*, tomo 11 atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª edição. Campinas: Bookseller Editora, 1999.

_____. *Tratado das ações*, tomo I (Ação, classificação e eficácia), atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª edição. Campinas, SP: Bookseller, 1998.

MONTEIRO NETO, Nelson. *Execução fiscal: incidência da penhora sobre a renda da empresa*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, fev 2002, v. 77, p. 92-99, mensal.

MOREIRA, Alberto Carniua. *Defesa sem embargos do executado - exceção de pré-executividade*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MÜLLER, Sérgio José Dulac. MÜLLER, Thomas. *Empresa e estabelecimento - a avaliação do goodwill*, Revista do Advogado, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, ano XXIII, ago 2003, n.º 71, p. 99 a 113, mensal.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, v. VII (arts. 646 a 795). 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. *Limites à penhora do exercício do usufruto*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, dez 1988, v. 638, p. 50-52, mensal.

NOVO AURÉLIO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Verbetes "faturar". Disponível em <http://www.uol.com.br/aurelio/indexresult.html?stvtpe=k&verbetes=faturar>. Acesso em: 20 nov 2003.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal (Lei n. 6.830, de 22-9-1980)*. 5ª edição, revista e aumentada de acordo com as leis supervenientes e recente jurisprudência. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Empresa concessionária de serviços públicos. Penhora de bens móveis e imóveis. Penhora da empresa. Usufruto da empresa pelo credor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, fev 1993, v. 688, p. 261-264, mensal.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 6ª edição atualizada segundo a legislação vigente e elaboração jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*, v. 6: Do processo de conhecimento, arts. 444 a 495 (coord. de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. 1. 19ª edição, atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito?*, Revista do Advogado, São Paulo, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIII, ago 2003, n.º 71, p. 73 a 79, mensal.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1985.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil (adaptadas ao novo Código de Processo Civil)*, v. 1. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil (adaptadas ao novo Código de Processo Civil)*, v. 3. 6ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22ª edição revista de acordo com a ABNT e ampliada. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da (coord.). *Comentários ao código de processo civil*, v. 1, do processo de conhecimento, arts. 1º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TAZIA, Giuseppe. *Problemas atuais da execução forçada*, Revista de Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr jun 1998, v. 90, p. 69-84, trimestral.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A impossibilidade da penhora do capital de giro*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Editora Forense, out nov dez 1997, v. 340, p. 113-119, trimestral.

— . *As nulidades no código de processo civil*, Revista Síntese de Direito Processual Civil, São Paulo, Síntese Publicações, set out 1999, bimestral. 1 CO ROM.

— . *Processo de execução*. 10ª edição, com comentários à nova Lei dos Executivos Fiscais (Lei n.º 6.830, de 22-9-80). São Paulo: LEUD, 1985.

— . *Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil - execução - penhora e questões polêmicas*. Revista Síntese de Direito Processual Civil, São Paulo, Síntese Publicações, set out 1999, bimestral. 1 CO ROM.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da constituição federal de 1988*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências (decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945)*, v. II (Arts. 62 a 176). 4ª edição, revista e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

. *Comentários à lei de falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)*, v. III (Arts. 177 a 217 e Anexos), 4ª edição, revista e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

WALD, Arnold. *A contribuição para o SENAC e as prestadoras de serviços*. Juris Síntese Millennium, São Paulo, Síntese Publicações, set out 2003.

WANBIER, Luiz Rodrigues. WANBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil - Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller Editora, 2000.

XAVIER, Luiz Roberto. *A razoabilidade como parâmetro para atuação contemporânea do judiciário*. Juris Síntese Millennium, São Paulo, Síntese Publicações, set out 2003, 1 CO-ROM.