

A EFICÁCIA DA PENHORA SOBRE O FATURAMENTO NA EXECUÇÃO FISCAL

Sinthia Sheilliane Oliveira da Fonseca¹

Lenice Silveira Moreira de Moura²

RESUMO

A proposta deste trabalho é discutir a respeito da penhora sobre o faturamento da empresa devedora em sede de execução fiscal, trazendo à tona problemas que podem gerar sua ineficácia, bem como encontrando soluções para o melhor aproveitamento de tal constrição judicial. Uma vez que tal medida possui caráter excepcional, é de se concordar que devem ser respeitados seus requisitos e os meios pelos quais esta será efetivada. Portanto, estes serão igualmente objeto de estudo. Outrossim, como tópico introdutório e com o objetivo de melhor entendimento a respeito do assunto, é feita uma breve explanação acerca do processo de execução fiscal, explicando seu início e desenvolvimento, bem como um estudo das diferenças entre a penhora sobre faturamento e a penhora de dinheiro.

Palavras-chave: Execução Fiscal. Penhora. Faturamento.

THE EFFICIENCY OF CONFISCATION OF INCOME IN FISCAL EXECUTION

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss about the lien on the revenues of the debtor company based in tax enforcement, bringing up problems that can lead to its ineffectiveness as well as finding solutions of better utilization of such judicial constraint. Since this measure has an exception, is to agree that its requirements must be met and the means by which it will perform. Therefore, they are also the object of study. Moreover, as the topic introductory and with the aim of better understanding the subject, is a brief explanation about the tax foreclosure process, explaining its inception and development as well as a study of differences between the attachment and attachment on sales of money.

Keywords: Fiscal Execution. Confiscation. Income.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: sinthia_fonseca@hotmail.com

² Professor Orientadora do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN E-mail: leniceray@hotmail.com.br

1 INTRODUÇÃO

A Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980, conhecida como Lei de Execução de Fiscal, em seu artigo 11, § 1º, juntamente com a recente alteração do Código de Processo Civil, trouxeram avanços importantes no que tange a utilização da penhora sobre o faturamento da empresa devedora como medida excepcional para a satisfação do crédito.

Assim, embora a penhora sobre faturamento já existisse no nosso ordenamento jurídico há muito tempo, ela só veio a ser normatizada expressamente com a criação da LEF.

O tema, que sempre foi bastante discutido no tocante à sua eficácia, agora passa a ser analisado sob a ótica do princípio da colaboração, onde o devedor, diante do medo de sofrer perdas através de medidas constritivas como a penhora sobre faturamento ou a penhora de dinheiro, por exemplo, é persuadido a adimplir com suas obrigações. Porém, nos casos em que não resta alternativa senão a utilização de tais medidas como meio para a satisfação do crédito exequendo, o entendimento majoritário é de que os fins sociais presentes na atividade empresarial devam prevalecer quando forem confrontados com os direitos do credor.

Deste modo, nos casos em que não houver o devido pagamento ou o oferecimento de bens que possam garantir a execução, os bens de propriedade do executado que estejam disponíveis deverão ser penhorados, com exceção daqueles absolutamente impenhoráveis, de acordo com os termos do art. 649 do Código de Processo Civil.

A partir de então começa a ser cogitada a utilização da penhora sobre faturamento para satisfazer o crédito exequendo, sendo os seus requisitos devidamente respeitados.

Desta feita, percebe-se que o estudo de temas como a ordem de nomeação de bens à penhora, bem como as diferenças entre a penhora sobre o faturamento e a penhora de dinheiro, são de extrema importância para um melhor entendimento acerca deste assunto que é tão importante no âmbito do direito tributário.

2 INTRODUÇÃO AO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

Desde o tempo do império a execução dos créditos fiscais é discutida. Primeiro com a chamada Consolidação de Ribas, referendada pela Resolução de 28 de dezembro de 1876, e a Lei 3.272, de outubro de 1885, regulamentada pelo decreto nº 9.549, de janeiro de 1886.

Posteriormente, em 29 de janeiro de 1888, o Decreto nº 9.885 veio a tratar mais efetivamente sobre tal assunto. De acordo com tal dispositivo, era necessário haver um processo de conhecimento anterior a execução dos créditos.

Com a evolução de nossas leis, bem como com a necessidade de tornar mais célere e eficaz a recuperação dos valores devidos e não pagos ao Estado, surgiram outros dispositivos que ajudaram com a modificar o entendimento com relação à matéria. O Decreto - Lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938 fez parte dessa evolução, entretanto foi posteriormente revogado pelo Código de Processo Civil de 1973 que passou a disciplinar a então chamada “ação de execução fiscal”.

O surgimento do código de Processo Civil foi de extrema importância para o ramo da execução fiscal, porém ainda estava fora dos objetivos pretendidos. Desta forma, tendo em vista a necessidade de tornar mais ágil tal processo, foi promulgada a Lei 6.830 de 20 de setembro de 1980, estando presente no nosso ordenamento jurídico até os dias atuais.

Apesar da entrada em vigor da Lei 6.830/80, mais conhecida como a Lei de Execução Fiscal (LEF), o Código de Processo Civil é usado até hoje para suprir as lacunas deixadas por aquela. Assim, é correto afirmar que a Lei 6.830/80, o CPC e os princípios e regras que protegem o contribuinte, trazidos pela Constituição Federal de 1988, são os diplomas que regulam o processo de execução, o qual será objeto de estudo do presente trabalho. Vejamos.

O processo executivo fiscal visa tornar o direito efetivo, alcançando a prestação devida ao titular de direito (exequente). No que tange à execução fiscal esta prestação consiste sempre numa importância pecuniária, certa, líquida e exigível. É, portanto, um meio processual que visa reparar um poder violado, resguardando o direito do credor.

De acordo com os ensinamentos de Américo Luis Martins da Silva (SILVA, 2001, p. 153), “[...] a execução fiscal ou a ação de execução fiscal é o processo judicial mediante o qual se cobra forçadamente a dívida da Fazenda Nacional”.

A execução fiscal é processo através do qual a Fazenda Nacional (União, Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios), na qualidade de exequente, cobra os seus créditos, de natureza tributária ou não, embasada em um título executivo extrajudicial, este chamado de certidão de dívida ativa (CDA), o qual goza de presunção de certeza e liquidez.

A Lei 6.830, de 22 de setembro 1980 traz em seu art. 2º o conceito de dívida ativa, *in verbis*:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, como as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerada Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

Logo, entende-se que o as penalidades decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias à arrecadação de tributos é o que compõe a chamada dívida tributária. É aqui que nasce o direito de exigir o crédito, entretanto o procedimento de cobrança só tem início com a inscrição do débito.

De acordo com o que dispõe o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário é gerado através do lançamento. Só depois de instaurado o processo administrativo será verificada a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e proposta a penalidade cabível, se for o caso. Dado o lançamento e notificado o sujeito passivo, constitui-se o crédito tributário, passando então a ser exigível. São três as formas de lançamento, quais sejam: por ofício, por declaração e por homologação.

No que tange ao lançamento é correto afirmar que se trata de procedimento administrativo, haja vista que é dado através de um agente público competente. O lançamento por ofício é efetuado pelo agente público sem nenhuma intervenção do sujeito passivo. Já o lançamento por declaração é diferenciado do lançamento por ofício no momento em que depende da ação conjugada do fisco, por meio de seu agente competente, com o sujeito passivo, uma vez que é necessário o envio das informações prestadas por este. Por outro lado, o lançamento por homologação é ato exclusivo do particular, onde este antecipa o pagamento do tributo sem prévio exame do fisco. Neste caso, a constituição e extinção do crédito tributário só se darão com a homologação do lançamento pela autoridade administrativa.

A lei que regulamenta o processo de execução fiscal é a Lei 6.830/80, também conhecida como Lei da Execução Fiscal. Entretanto, nos casos em que esta se faz omissa, aplica-se o Código de Processo Civil subsidiariamente. Conforme se depreende da leitura do artigo 8º daquela, uma vez ajuizada a execução fiscal, bem como instaurado o processo, deverá o executado (devedor) ser citado, preferencialmente por oficial de justiça, para que, no prazo de 5 (dias), pague a dívida ou que indique meios para garantir a execução. Por meio

desta medida judicial é garantida a execução e é dada ao devedor a faculdade de embargá-la, discutindo a existência e/ou exigibilidade do crédito, tão logo seja seu bem constrito. Em caso de ausência de contestação do título executivo, será determinada data para realização de hasta pública, onde os bens oferecidos pelo devedor serão arrematados e o valor contraído será convertido em renda da União. Se esse valor for suficiente para quitar a dívida em sua totalidade estará extinta a obrigação. Porém, se ainda houver valor sobejante, o devedor deverá ser intimado para que indique meios para quitar o restante da dívida.

Por outro lado, caso seja a execução embargada, esta deverá ser suspensa até que transite em julgado a decisão que julgar os embargos. Em se tratando de julgamento favorável ao executado, a penhora será desconstituída, deixando o bem livre de qualquer constrição, além de resultar na extinção do crédito tributário. Todavia, restando vencedora a Fazenda, será o feito prosseguido com a imediata realização de hasta pública do bem em constrição.

Muitas vezes o devedor não demonstra interesse em pagar a dívida, não restando alternativa a Fazenda senão a realização de diligências no sentido de localizar bens em nome do executado hábeis a penhora, de modo que o erário público possa ser ressarcido. Tais diligências são realizadas junto aos órgãos responsáveis pelo registro de bens móveis (p. ex. veículos) e imóveis. Em caso de ausência ou escassez de bens que possam suprir o crédito exequendo, existe ainda a possibilidade da penhora recair sobre as contas bancárias do devedor, caso em que o próprio magistrado efetua a constrição por meio do Bacen Jud, bloqueando todo e qualquer valor que esteja em nome do executado. Uma vez esgotadas todas as possibilidades de garantia da execução mencionadas, e em se tratando de devedor pessoa jurídica, poderá ainda a Fazenda pleitear pela penhora sobre o faturamento desta. Percebe-se que só depois de realizadas todas as diligências possíveis, bem como estas restando infrutíferas, é que é chamado ao feito o instituto da penhora sobre faturamento, que será objeto de estudo mais adiante.

3 DA ORDEM DE NOMEAÇÃO DE BENS A PENHORA

Conforme se depreende da leitura do art. 11 da Lei 6.830/80, a penhora ou arresto de bens obedecerá a seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da Dívida Pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em Bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis e semoventes; e VIII - direitos e ações.

De início, vale ressaltar o conceito de penhora que nada mais é que um ato processual de constrição patrimonial que visa garantir a execução. Trata-se de um ato executório, o que o diferencia do arresto que é um ato meramente acautelatório. A priori, os bens do devedor são apreendidos, com intuito de garantir a execução, posteriormente são levados a hasta pública e o valor pecuniário obtido é então usado pra satisfazer o crédito exequendo.

A penhora limita o poder de dispor sobre o bem constrito, ou seja, uma vez penhorado o bem este não poderá ser alienado em hipótese alguma.

Vejamos o conceito de penhora, de acordo com um dos maiores doutrinadores no âmbito do Processo Civil, Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 306):

A penhora é , como se verifica pela definição apresentada, ato executivo, através do qual se apreendem bens do executado, implementando-se, assim, a sujeição patrimonial que se tornou possível em razão da responsabilidade patrimonial. Este ato de apreensão judicial de bens é dos mais importantes no procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente, uma vez que é a partir dele que será possível a realização dos atos tendentes à expropriação de bens, com a sua conversão em dinheiro e, afinal, com a satisfação do crédito exequendo.

Assim, sabe-se que é conferido ao devedor o direito de oferecer os seus bens a penhora livremente, porém, nos casos onde o devedor não o faz, é dado ao credor o direito de nomear tantos bens quantos bastem para satisfazer seu crédito, sendo expedido então o mandado de penhora e avaliação dos bens indicados.

O juiz da causa deverá atender aos princípios da proporcionalidade e da menor onerosidade para o devedor, evitando determinar medidas executórias que prejudiquem o executado ou o seu funcionamento, em se tratando de pessoa jurídica.

O Código de Processo Civil em seu artigo 620 dispõe que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso”. É como vem atuando o Superior Tribunal de Justiça. Vejamos.

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE.

I - O princípio da menor onerosidade deve ser conjugado com o princípio da eficiência da atividade executiva, sendo a penhora de 5% sobre o faturamento da empresa, na hipótese, a forma mais adequada aos fins da execução.

II - Recurso especial improvido.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa, em execução fiscal, é providência excepcional e só pode ser admitida quando presentes os seguintes requisitos: a) não localização de bens passíveis de penhora e suficientes à garantia da execução ou, se localizados, de difícil alienação; b) nomeação de administrador (art. 677 e seguintes do CPC); e, c) não comprometimento da atividade empresarial.

2. Existentes Bens a garantirem a satisfação do crédito, incabível a medida excepcional pleiteada; porquanto, a penhora sobre o faturamento da empresa não equivale à penhora sobre dinheiro. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

Deste modo, observa-se que para que os direitos patrimoniais do devedor sejam resguardados, a ordem de nomeação de bens à penhora deve ser obedecida sempre que possível haver a escolha de qual bem penhorar. No caso de um devedor que possui saldo disponível em conta, por exemplo, é inoportuno que ele veja seus bens, sejam eles móveis ou imóveis, sendo penhorados. Deste caso, a penhora sobre o dinheiro do devedor, além de estar em primeiro lugar na lista de nomeação de bens a penhora, ela também é mais vantajosa para ambas as partes, uma vez que é forma mais eficaz para a satisfação do crédito exequendo, bem como é meio pelo qual o devedor paga sua dívida sem precisar se desfazer de um bem de sua propriedade. Ademais, tal medida constritiva impõe ao curso do processo mais celeridade, além de satisfazer com agilidade o crédito exigido.

Objetiva-se com tal imposição que seja assegurado ao executado o direito de não sofrer com o desfazimento de seu patrimônio caso existam outros meios para a quitação da dívida.

Embora o artigo 11 da Lei 6.830/80 disponha que a ordem de nomeação de bens a penhora deverá ser respeitada, é facultado a Fazenda, a qualquer tempo, substituir os bens indicados à penhora ou requerer o reforço da penhora insuficiente, com fulcro no artigo 15, II desta mesma lei. Por outro lado, é concedido ao executado o direito de pleitear pela substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária.

4 DA UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS EXTREMAS

Na recuperação judicial dos créditos do credor, o Estado precisa levar em consideração os reflexos sociais de seus atos, bem como respeitar os princípios que protegem o devedor. A satisfação do crédito tem que atender aos interesses do credor sem prejudicar as atividades do devedor. Não há, pois, que se falar em encerramento das atividades do executado, haja vista que não é de interesse da exequente que o devedor pare de exercer suas atividades, deixando assim de pagar seus tributos e gerar empregos.

Deste modo, vê-se que não é vantajoso para o Estado, mesmo que este veja satisfeito o seu crédito, o encerramento das atividades do devedor, uma vez que além de deixar de arrecadar tributos, ele terá que arcar com despesas com os desempregados, como, por exemplo, o salário-desemprego. Assim, não é correto afirmar que não há interesse da Fazenda Pública em ver o seu crédito satisfeito, mas sim que essa satisfação deva se dar por meios que possibilitem a continuação da plena capacidade econômica do devedor. Pode-se dizer, então, que o interesse público preza a segurança do bem comum. Não importa apenas que se garanta a abertura de determinada empresa ou o exercício de determinada atividade, é dever do Estado também ajudar na sua preservação.

O art. 620 do Código de Processo Civil prevê que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Observa-se que é dever do Estado analisar qual é a melhor opção para a satisfação do seu crédito. Prova disso é que as medidas excepcionais, usadas como mais uma maneira de se ter satisfeito o crédito fazendário, só são admitidas se cumpridos e respeitados todos os seus requisitos, bem como quando não haja outro recurso disponível. É o que entende o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a penhora sobre o faturamento da empresa, em execução fiscal, é medida excepcional e só pode ser admitida quando presentes os seguintes requisitos: a) não localização de bens passíveis de penhora e suficientes à garantia da execução ou, se localizados, de difícil alienação; b) nomeação de administrador (art. 677 e seguintes do CPC); e, c) não comprometimento da atividade empresarial.

2. Existentes bens a garantir a satisfação do crédito, incabível a medida excepcional pleiteada, porquanto a penhora sobre o faturamento da empresa não equivale à penhora sobre dinheiro. Precedentes.

3. Hipótese de não incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que todos os fatos indispensáveis para a solução da controvérsia encontram-se descritos no acórdão recorrido.

Agravo regimental improvido.

“PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EXECUÇÃO. PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA. EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PENHORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 620 DO CPC.

1. Esta Corte assentou entendimento no sentido de somente admitir a penhora sobre percentual do faturamento da empresa em caráter excepcional, ou seja, quando inexistentes outros bens a penhorar ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução.
2. Não se deve admitir a penhora sobre o faturamento antes de esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente demonstrada a inexistência de qualquer bem, direito ou valor que possa garantir a execução.
3. Na hipótese dos autos, registra-se que a empresa executada possui outros bens passíveis de penhora, que não foram aceitos pela exequente por falta de interesse em adjudicá-los, bem como por serem de difícil arrematação. Tais alegações não justificam a substituição dos bens indicados pela penhora sobre o faturamento, em atenção à regra do art. 620 do CPC, que determina que a execução seja feita pelo modo menos gravoso para o executado.
4. Medida cautelar julgada procedente.”

Fica claro, então, que as medidas extremas devem ser utilizadas de maneira cautelosa e, como o próprio nome diz, excepcional, tendo em vista que, uma vez empregadas de forma equivocada, podem causar danos irreversíveis ao contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica. Assim, serão protegidos os direitos e garantias fundamentais.

A Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 11, § 1º prevê que “Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.”

Como se vê, mesmo estando as medidas excepcionais previstas em nosso ordenamento jurídico, a Fazenda Pública só pode se valer delas se preenchidos os seus requisitos, bem como se este for o modo menos gravoso para a satisfação do crédito exequendo.

5 DA PENHORA SOBRE FATURAMENTO

5.1 Conceito

Como já demonstrado no presente trabalho, o art. 11, § 1º da Lei 6.830/80, é possível que a penhora recaia sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola. Sendo assim, é necessário fazer uma explanação a fundo para entender melhor a essência deste instituto.

A penhora sobre o faturamento da empresa devedora (pessoa jurídica) é medida constritiva excepcional, somente empregada em situações específicas, quando não houver outra opção. Trata-se, portanto, de medida especial, cabível quando da insolvência do devedor, bem como quando restarem infrutíferas todas as diligências realizadas pelo exeqüente. Assim, restando provado que não há, pois, outra maneira capaz de garantir o crédito exeqüendo, poderá ser aplicada tal medida.

Não há que se confundir a penhora sobre faturamento com a penhora do próprio estabelecimento, uma vez que aquela nada mais é que a penhora da receita bruta da empresa devedora, não do lucro. Na verdade, a lei exige uma interpretação razoável acerca do dispositivo citado. Deste modo, vê-se que quando a lei determina que a penhora poderá ser realizada sobre estabelecimento comercial, não se pode dizer que o estabelecimento em si, sua estrutura física, deverá ser penhorado, e sim que um percentual do faturamento mensal da empresa devedora, arbitrado pelo juiz da causa, poderá ser penhorado. Por isso o nome penhora sobre faturamento.

5.2 Penhora sobre faturamento como medida excepcional

A penhora sobre faturamento é chamada de medida constritiva excepcional ou especial haja vista esta só poder ser pleiteada após comprovado o esgotamento de todas as diligências possíveis para que sejam encontrados bens ou direitos no patrimônio do devedor passíveis de penhora, ou ainda, que os bens encontrados sejam incapazes de solver o montante debitório. Só será possível requerer a penhora sobre faturamento da executada, uma vez demonstrado que é impraticável qualquer outra medida para satisfazer o crédito exeqüendo.

O motivo pelo qual é tão imprescindível que seja resguardada a penhora sobre o faturamento da empresa é a necessidade de se manter a empresa em pleno funcionamento. Desta forma, a partir do momento em que a pessoa jurídica devedora tem o seu faturamento penhorado, este deverá recair sobre uma porcentagem que não prejudique o funcionamento da empresa, possibilitando, ao mesmo tempo, a satisfação do crédito exeqüendo, bem como a circulação do capital de giro da empresa para que esta possa arcar com os gastos exigidos para a continuação do exercício de sua atividade, como, por exemplo, a aquisição de nova mercadoria, o pagamento de folha etc.

De acordo com os ensinamentos do doutrinador Humberto Theodoro Jr. (1998, p. 113) “embora o dinheiro ocupe o primeiro lugar na escala de preferência para a penhora, não se tolera sua constrição quando esteja ele representando o capital de giro da empresa devedora e disponha essa de outros bens livres e capazes de assegurar o juízo adequadamente”.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “é cabível, como medida excepcional, a penhora de faturamento de empresa, na hipótese em que a devedora não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes para saldar o débito exequendo, sendo considerado como razoável o percentual de 10% a 15% sobre o faturamento mensal, de modo a não tornar inviável o exercício da atividade empresarial”.

É neste mesmo sentido que este tribunal vem se pronunciando em suas jurisprudências:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa, desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (arts. 655-A, § 3º, do CPC) e o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Precedentes.
2. O Tribunal de origem foi enfático ao declarar o caráter excepcional da penhora sobre o faturamento da recorrente, tendo em vista a ausência de outros bens passíveis de nomeação, para a garantia da execução fiscal, tendo ainda registrado que o percentual fixado não atentaria contra o regular exercício da atividade empresarial.
3. Para afastar tal premissa, seria necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado na presente instância recursal. Inteligência da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".
4. Agravo regimental não provido.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1180367/SP, foi unânime no entendimento de que o percentual estabelecido na penhora sobre o faturamento precisa viabilizar a continuação das atividades da empresa. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL EXCESSIVO (30%). DECISÃO NÃO RAZOÁVEL. REDUÇÃO PARA PERCENTUAL MÓDICO (5%). PRECEDENTES.

1. A penhora sobre o faturamento, admitida excepcionalmente, deve observar ao princípio da proporcionalidade, a fim de não permitir o arbitramento de percentual de desconto que inviabilize as atividades da empresa.
2. Na espécie, não é necessário reexaminar o conjunto fático-probatório para se constatar que o percentual arbitrado em 30% revela-se excessivo, devendo, portanto, ser reduzido para o patamar módico de 5%, parâmetro esse já adotado por esta Corte em outros precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 996.715/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 6/4/2009; REsp 1.137.216/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/11/2009; AgRg no REsp 503.780/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 29/9/2003.
3. Agravo regimental não provido.

Observa-se, a partir de então, que embora o crédito fiscal seja pertencente aos cofres públicos, é vedado ao Estado, em qualquer hipótese, agir de modo que gere a impossibilidade do efetivo exercício da empresa., uma vez que o trabalho não é apenas um direito do cidadão, mas também um dever do Estado, com fulcro nos artigos 1º, IV e 3º, III da nossa Carta Magna.

Diante de todo o exposto, é imprescindível a restrição da penhora sobre faturamento como medida constritiva a ser utilizada em primeiro plano, restando ao poder público esgotar todas as possibilidades preliminares a esta, utilizando-a somente quando for excepcional de modo a não comprometer o exercício da empresa.

5.3 Requisitos essenciais para sua eficácia

O estudo da penhora sobre faturamento mostra que tal medida constritiva é extremamente eficaz, desde sejam atendidos os seus requisitos para evitar que sejam causados danos às atividades da empresa, bem como para manter saudável a economia desta. Para que isso ocorra é necessário que o juiz, no momento da apreciação do pedido, confira se estão presentes todos os requisitos necessários para que, mesmo tendo parte de seu faturamento penhorado, a empresa consiga manter suas atividades.

O primeiro e mais importante requisito a ser analisado pelo julgador é a ausência de bens que possam satisfazer o crédito exequendo, haja vista tratar-se de medida excepcional. Portanto, somente depois de comprovado pela exequente o esgotamento de todos os meios arrolados no art. 11 da Lei 6.830/80 é que será aceitável o deferimento do pleito em questão.

Uma vez preenchida esta condição, o juiz nomeará um depositário para que se comprometa, no prazo de 10 (dez) dias, a apresentar a forma de administração da empresa. Este é o primeiro requisito de ordem formal exigido pela legislação. Vejamos o que dispõe o art. 677 do Código de Processo Civil:

Art. 677 - Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

§ 1º - Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§ 2º - É lícito, porém, às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação.

Este requisito atende ao princípio da preservação da empresa, tendo em vista que é o depositário, geralmente administrador da empresa, que confecciona o relatório que identifica o que pode e o que não pode ser penhorável. Também será de responsabilidade do deste o depósito mensal do percentual referente à penhora numa conta judicial até que seja satisfeita a dívida em sua totalidade.

Uma vez comprovada a ausência de bens para garantir a execução, bem como nomeado o depositário para que apresente a forma de administração, o último requisito exigido para que a penhora sobre faturamento se mostre eficaz é que o percentual da penhora a ser estipulado pelo juiz da causa seja fixado de maneira razoável, de modo a não inviabilizar as atividades da empresa.

É importante destacar aqui o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que tange aos requisitos necessários para o deferimento da penhora sobre faturamento.

É admissível, em hipóteses excepcionais, a penhora sobre o faturamento da empresa, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra favor debitoris e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor. Assim, quando o devedor não tem bens que satisfaçam a penhora, tem-se admitido como possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá apresentar as formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

O percentual arbitrado pelos juízes geralmente varia entre 10% e 15% das receitas auferidas pela executada. Entretanto, em alguns casos, a depender do porte da empresa devedora, este percentual pode chegar a 30% do seu faturamento, não podendo ultrapassar este limite. Para alguns esta porcentagem é exagerada e com certeza pode levar a empresa à falência, haja vista que a grande maioria das empresas não possui lucro superior que 30%. Deste modo, uma vez arbitrada a penhora num percentual como este, o juiz estaria inviabilizando o pagamento pela devedora da totalidade da dívida, bem como impossibilitando a empresa de continuar exercendo suas atividades, gerando emprego e pagamento tributos. Tal ato poderia resultar no encerramento da empresa e, por consequência, no surgimento de tantas outras dívidas, sejam elas trabalhistas, comerciais, contratuais etc.

É o que preceitua o Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência:

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. VOTO VENCIDO. INVIÁVEL AO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. INDICAÇÃO COMPULSÓRIA DE ADMINISTRADOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os pontos destacados no voto vencido não se mostram hábeis ao imprescindível prequestionamento da matéria, o que faz incidir as Súmulas 211/STJ, 282/STF e 356/STF.
2. Conforme jurisprudência dominante desta Corte, em casos excepcionais é possível que a penhora recaia sobre faturamento ou rendimento de estabelecimento comercial ou industrial.
3. A penhora de 30% sobre o rendimento líquido da empresa pode ensejar a inibição de seu funcionamento, ou até mesmo a impossibilidade do cumprimento de compromissos salariais, situação que justifica a redução para 5% sobre o faturamento mensal.
4. A indicação compulsória de administrador, nos termos do art. 719 do Código de Processo Civil, não é possível. Deve ser indicada pessoa que aceite tal incumbência.
5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

Não é correto afirmar que o Poder Público deva ser conivente com a conduta do inadimplente, trata-se, pois, de ponderar os riscos que podem ser gerados por uma medida constritiva como a penhora sobre faturamento se arbitrada num percentual que não possa ser suportado pela devedora. Do contrário, os danos causados a devedora podem ser irreparáveis e o próprio Fisco pode ver comprometido os seus interesses na satisfação do crédito.

Vale salientar que, no caso de existirem várias execuções, não é razoável que a penhora sobre faturamento realizada em uma delas não seja levada em consideração na hora de deferir a mesma medida constritiva na outra. Vê-se, portanto, que o percentual limite a ser penhorado deve ser analisado com base na totalidade dos débitos, leia-se execuções,

existentes em nome da executada, de maneira que não inviabilize a continuidade da sua atividade empresarial.

6 PENHORA SOBRE FATURAMENTO X PENHORA “ON LINE”

Assim como a penhora sobre o faturamento, a penhora “*on line*” ou penhora de conta-corrente é também uma medida vista como excepcional. Embora aquela seja uma espécie de penhora de dinheiro da executada, esta em nada se confunde com a penhora “*on line*”, uma vez que enquanto a primeira visa penhorar dinheiro futuro e incerto, a outra, por sua vez, diz respeito a um valor líquido e certo depositado em instituição financeira.

Não obstante o dinheiro esteja em primeiro lugar na ordem de preferências prevista no art. 11 da Lei de execução Fiscal, o bloqueio de aplicações financeiras, bem como de contas correntes em nome da empresa devedora, assim como a penhora sobre faturamento, só pode ser permitido em casos excepcionais.

Este tipo de constrição judicial sempre foi realizada por meio de requerimento da parte credora ao juiz da causa. Este, uma vez deferido o pedido, expedia um ofício ao Banco Central que enviava ao juiz competente uma lista de Bancos, bem como suas agências e números de contas em nome do devedor. Só então é que a penhora das contas era realizada até o montante da dívida, procedimento que durava cerca de 2 (dois) meses.

A Lei Complementar 118, ao acrescentar o artigo 185 – A ao Código Tributário Nacional, regulamentou o tema do seguinte modo:

Art. 185 – A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Com o passar dos anos, em busca de uma maior celeridade processual, a penhora de contas-correntes passou a ser chamada de penhora “*on line*”, que desde então é objetivada a partir de um convênio firmado entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central, chamado de Bacen Jud, *in verbis*:

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICO INSTITUCIONAL QUE FAZEM ENTRE SI O BANCO CENTRAL DO BRASIL E O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, PARA FINS DE ACESSO AO SISTEMA BACEN JUD.

I – DO OBJETO

CLÁUSULA PRIMEIRA – O presente instrumento tem por objetivo permitir ao TST e aos Tribunais Regionais do Trabalho que vierem a aderir-lo conforme Cláusula Sexta e mediante assinatura de Termo de Adesão, o acesso, via *Internet*, ao Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil, doravante denominado simplesmente BACEN JUD.

PARÁGRAFO ÚNICO – Por intermédio do Sistema BACEN JUD, o TST e os Tribunais signatários de Termo de Adesão, poderão, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN ofícios eletrônicos contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiros Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes.

Desde modo, o próprio juiz, por meio de uma senha que lhe dá acesso ao sistema eletrônico (Bacen Jud), passa a ter capacidade para realizar a penhora de contas do executado, desde que demonstrada sua necessidade, o que acaba por gerar significativos avanços no âmbito da execução fiscal.

A celeridade e a eficácia, adquiridas por meio de tal medida nas execuções trabalhistas, abriram as portas para que outros órgãos também se interessassem pela realização inovadora da penhora “*on line*”, inclusive o Fisco, de modo que estas passaram a ser suas características principais.

Ressalte-se que o requerimento pela quebra do sigilo bancário do executado é dispensável, haja vista que este já está implícito na ordem que determina o bloqueio. Ademais, entende-se que não há ofensa ao sigilo bancário do devedor, uma vez que suas movimentações financeiras continuam em sigilo, sendo informado tão somente o saldo em conta. Assim, uma vez bloqueado o valor devido em sua totalidade, o juiz determinará o imediato desbloqueio do valor sobejante.

Resta demonstrado que enquanto a penhora sobre o faturamento da empresa recai sobre um valor incerto e ainda desconhecido, e penhora “*on line*” (de dinheiro), por sua vez, incide sobre valores líquidos e certos.

Outro fator determinante na hora de reconhecer a penhora sobre o faturamento frente à penhora de dinheiro é o fato de que nesta última a nomeação de depositário é totalmente dispensável, bem como a apresentação de forma de administração da empresa, o que na primeira são requisitos imprescindíveis. Além disso, vale salientar que, ao contrário da penhora sobre faturamento, nessa outra a lavratura do termo de penhora é desnecessária, porém ambas ensejam a intimação do devedor para, causa queira, argüir a invalidade ou ineficácia da penhora, bem como para requerer a substituição desta por outro bem ou até mesmo por fiança bancária.

Diante de todo o exposto, nota-se que, embora se tratem de medidas excepcionais, estas não devem ser confundidas, uma vez que se dão em hipóteses distintas e possuem requisitos diferenciados.

7 CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, pode-se concluir que a medida constritiva em tese, é medida especial, excepcional, que só deve ser considerada quando restar provado inexistirem outros bens hábeis a garantir o prosseguimento da execução. Assim, observa-se que, embora exista a necessidade de satisfazer o crédito da Fazenda Pública, este, por si só, não é motivo suficiente para que o Poder Público realize a penhora sobre faturamento da empresa antes de se provar infrutíferas todas as diligências cabíveis, haja vista a necessidade de que a execução se resolva da maneira menos gravosa para o devedor.

Considerados os presentes fatos, percebe-se que é imprescindível que o juiz responsável pela causa haja de maneira razoável, levando em consideração as necessidades de cada empresa, o seu porte e a sua capacidade financeira para quitar a dívida, objetivando resguardar o bem-estar econômico da empresa devedora.

Tendo em vista que a empresa necessita do capital de giro para o seu devido funcionamento, não é razoável que o juiz defira um pedido de penhora sobre faturamento sem uma prévia análise acerca das condições da empresa, bem como que este arbitre o valor do percentual a ser penhorado mensalmente em um patamar que torne impossível o exercício da

atividade econômica da devedora. Para que os interesses de ambas as partes sejam atendidos de maneira a resguardar o desenvolvimento das atividades da empresa enquanto esta quita suas dívidas junto ao Fisco, o percentual máximo a ser penhorado mensalmente do faturamento da empresa deverá ser de, até, 30%, desde que não reste prejudicado o desenvolvimento de sua atividade financeira.

Diante do exposto, resta demonstrado que a penhora sobre faturamento é medida judicial constritiva legal e extremamente viável, caso fique provado que não há outros meios capazes de adimplir com a obrigação pecuniária, não podendo deixar de lado a importância da nomeação de depositário para que esta se torne ainda mais eficaz.

Nota-se, então, que a penhora sobre o faturamento mensal da empresa devedora, não obstante seja legal e possível, deverá ser deferida somente em último caso, ou seja, quando for impossível o prosseguimento do feito através da penhora de qualquer outro bem que esteja arrolado no art. 11 da Lei 6.830/80, devidamente citado neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

ASSIS. Araken de. **Manual da Execução**. 13. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1072p.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Congresso Nacional, 1966.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Fiscal**. Brasília: Congresso Nacional, 1980.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Execução Fiscal. Penhora. Faturamento da Empresa. Possibilidade. RECURSO ESPECIAL: REsp 994089 RJ 2007/0233771-5. Recorrente: Cimobrás Indústria de Molas Brasileiras Ltda. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro José Delgado. 25 de março de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4400203&sReg=200702337715&sData=20081117&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Execução Fiscal. Penhora Sobre o Faturamento. Possibilidade em Casos Excepcionais. Voto Vencido. Inviável ao Prequestionamento. Súmulas 211/STJ, 282/stf e 356/stf. Indicação Compulsória de Administrador. Impossibilidade. RECURSO ESPECIAL: REsp 505942 RS 2003/0005071-8. Recorrente: Transportadora Tegen Valenti S/A. Recorrido: Fazenda Pública do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Denise Arruda. 03 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1668966&sReg=200300050718&sData=20050606&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Execução Fiscal. Penhora Sobre Faturamento. Matéria Fática. Incidência Da Súmula 7/STJ. Prequestionamento. Súmula 211/STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.130.972 - PR (2009/0058000-5). Recorrente: Ocidental Distribuidora de Petróleo Ltda. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Castro Meira. 22 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14641098&sReg=200900580005&sData=20110404&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Medida Cautelar. Execução. Penhora. Faturamento da Empresa. Existência de outros bens penhoráveis. Impossibilidade. Art. 620 do CPC. MEDIDA CAUTELAR Nº 7.647 - SP (2003/0236913-7). Requerente: Anhembí Agro Industrial Ltda. Requerido: Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo. Relator: Ministro Castro Meira. 20 de abril de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1342673&sReg=200302369137&sData=20041025&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 Nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Medida Cautelar Para Emprestar Efeito Suspensivo a Recurso Especial. Requisitos. Execução Fiscal. Penhora Sobre o Faturamento da Empresa Executada. Possibilidade Somente Diante de Situações Excepcionais e na Ausência de Outros Bens Penhoráveis. MEDIDA CAUTELAR: MC 8725 RJ 2004/0107093-7. Recorrente: Sul América Serviços Médicos S/A. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Luiz Fux. 08 de março de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1689687&sReg=200401070937&sData=20050328&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Execução Fiscal. Penhora Sobre o Faturamento da Empresa. Medida Excepcional. Não Incidência da Súmula 7/stj. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 919833 RJ 2007/0016457-8. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Intercontinental Comércio de Alimentos Ltda. Relator: Ministro Humberto Martins. 05 de abril de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14939769&sReg=200700164578&sData=20110415&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Processual Civil. Penhora Sobre o Faturamento da Empresa. Medida Excepcional. Precedentes. AgRg no REsp 1170822 RJ 2009/0241062-8. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: M G C Comércio e Representações de Produtos Alimentícios Ltda. Relator: Ministro Humberto Martins. 09 de novembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12884026&sReg=200902410628&sData=20101117&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 18 nov. 2011.

CASSONE. Vittorio; CASSONE. Maria Eugenia Teixeira. **Processo Tributário** – teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PACHECO. José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. Lei n. 6.830, de 22.09.1980. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Paulsen L.; Bergmann R.; Sliwka I. **Direito Processual Tributário**. Processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e jurisprudência. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

REGO, Alexandre. **Processo de Execução Fiscal**. Aspectos Jurídicos Controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Américo da. **A execução da dívida ativa da Fazenda Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO Jr. Humberto. **A Impossibilidade de Penhora do Capital de Giro**. Revista Forense n. 340. Rio de Janeiro: Forense, p. 113-119, out./dez. de 1998.

THEODORO Jr. Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.