

Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito

Diogo Cressoni Jovetta

**A PENHORA DE FATURAMENTO DE EMPRESA SOB A LUZ
DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Piracicaba
2009

Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito

Diogo Cressoni Jovetta

**A PENHORA DE FATURAMENTO DE EMPRESA SOB A LUZ
DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito** à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba.

**Orientador: Prof. Dr. José Luiz
Gavião de Almeida**

Piracicaba
2009

**A PENHORA DE FATURAMENTO DE EMPRESA SOB A LUZ
DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Diogo Cressoni Jovetta

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Orientador

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

Prof. Dr. _____

A mais elevada coragem é ousar ser você mesmo face à adversidade. Escolha o certo sobre o errado, a ética à conveniência, e a verdade à popularidade... estas são as escolhas que medem sua vida. Viaja o trajeto da integridade sem olhar para trás, porque nunca há um momento inoportuno para fazer a coisa certa.

Preste atenção em seus pensamentos, porque eles se transformam em palavras.

Escolha suas palavras, porque elas se transformam em ações.

Compreenda suas ações, porque elas se transformam em hábitos.

Estude seus hábitos, porque eles se transformam em seu caráter.

Desenvolva seu caráter, porque ele determina o seu destino.

Ultrapasse, vá abaixo, circunde ou atravesse. Mas nunca desista.¹

¹ Ditados populares.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a meus pais, Isabel Maria Cressoni Jovetta e João Luiz Jovetta, que sempre me apoiaram e incentivaram.

Agradeço ainda: ao meu irmão Danilo Cressoni Jovetta, que, me deu a sobrinha Letícia, e à minha cunhada Bruna, afinal nada se faz sozinho. À minha avó Lila. Aos meus tios, tias, primos e primas e aos tios, tias primos e primas de minha esposa, que tenho como se fossem meus.

A ela, amor de minha vida, Mariana Sinatura Bassan Jovetta, e ao nosso “moleque”, João Vitor Jovetta, que sorri toda manhã.

Aos meus amigos e colegas de Mestrado, em especial Wagner, Hugo, Alencar, Juliana, Dejamir, Luiz e Lucas.

Aos meus amigos e colegas de toda a vida, em especial Marcio, Guga, Henrique, Thomas, Roberto, Bruno, Dr. Ricardo, Dra. Mariana, Dr. Eduardo e Dr. Edson.

Aos professores e funcionários da Unimep, especialmente ao Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida, orientador dedicado e paciente, e ao Dr. Jorge Luiz de Almeida, por toda sua sabedoria jurídica.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para minha formação acadêmica, aos demais amigos e familiares.

Obrigado!

RESUMO

Acolhida pela doutrina e jurisprudência, notadamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, um embrião do que é hoje a penhora sobre faturamento foi pioneiramente inserido no ordenamento jurídico pela Lei n.º 10.552/02, no art. 11, §8º e, recentemente com o advento da Lei n.º 11.383/2006, foi definitivamente incluído no Código de Processo Civil, nos artigos 655, VII e 655-A, §3º. Antes da recente positivação, no Código de Processo Civil, eram quatro os requisitos mais genericamente apontados pela doutrina e jurisprudência para efetivação da medida: a) a nomeação de depositário-administrador; b) a necessidade de apresentação de um plano de pagamento; c) a excepcionalidade da medida – utilização restrita a apenas quando todas as outras medidas falharam; e d) que a constrição permitisse o funcionamento e a sobrevivência da empresa. O estudo visa a averiguar como, quando e sob quais condições e requisitos a penhora sobre faturamento pode ocorrer em prestígio aos princípios e regras gerais da Carta Magna de 1988 aos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Direito Processual, Execução, penhora sobre percentual de faturamento de empresa, princípio da preservação da empresa.

ABSTRACT

Received by the Brazilian doctrine and jurisprudence, mainly by the Superior Court of Justice jurisprudence, an embryo of what the distraintment on invoicing is currently was precursory inserted in the legal system by the Law n. ° 10,552/02, in art. 11, §8° and, recently with the advent of the Law n.° 11,383/2006, was definitively enclosed in the Code of Civil action, in articles 655, VII and 655-A, §3°. Before the recent modification in the Code of Civil action, there were four requirements more generically pointed by the doctrine and jurisprudence in respect to the step: a) the nomination of depositary-administrator; b) the necessity of presentation of a payment plan; c) the use only for extreme limit cases – restricted utilization only when all the other steps had failed; and d) in case the constriction allowed the functioning and survival of the company. The study aims at inquiring how, when and under what conditions and requirements the distraintment on invoicing can occur in prestige to the principles and general rules of the Great Letter of 1988 to the Basic Rights.

Key Words: Procedural law, Execution, distraintment on percentage of company invoicing, principle of the preservation of the company.

RESUMEN

Conducido por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, un embrión, que ahora significa el embargo sobre la facturación, pionera en introducirse en el orden jurídico por intermedio de la Ley N ° 10552/02, 11, § 8, y recientemente con el advenimiento de la Ley N ° 11383/2006, se ha incluido en el Código de Procedimiento Civil, artículos 655, VII y 655-A, § 3. Antes de la reciente positiva en el Código de Procedimiento Civil, fueron cuatro los requisitos más generales planteados por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de la medida: a) el nombramiento del depositario-administrador b) la necesidad de presentar un plan de pagos, c) la excepcional medida – para el uso restringido, solamente cuando todas las demás medidas hallan fallado, d) que la constricción permita el funcionamiento y la supervivencia de la empresa. El estudio pretende determinar cómo, cuándo y en qué condiciones y requisitos se produce el embargo con relación a las ventas, respetando los principios y normas generales de la Carta Magna de 1988 de los Derechos fundamentales.

Palabras claves: Derecho Procesal, Ejecución de embargo sobre el porcentaje de los ingresos de las empresas, El principio de preservación de la empresa.

Jovetta, Diogo Cressoni.

A penhora de faturamento de empresa sob a luz do princípio da preservação da empresa. Diogo Cressoni Jovetta. Piracicaba, 2009. 101 fls.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida.

Dissertação [Mestrado] – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Metodista de Piracicaba.

I. Direito Processual II. Execução III. Penhora sobre percentual de faturamento de empresa. IV. Princípio da preservação da empresa.

I. Jovetta, Diogo Cressoni.

II. Título.

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS DA UTILIDADE, FINALIDADE E SUFICIÊNCIA: EQUILÍBRIO NA EXECUÇÃO E PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	21
CAPÍTULO III - EMPRESA	31
III. I. Regime constitucional de livre iniciativa	31
III. II. Teoria Jurídica da Empresa	33
III. III. Personalidade jurídica	40
III. IV. Tipos de sociedades empresárias no ordenamento pátrio	42
CAPÍTULO IV – PENHORA.....	45
CAPITULO V – FATURAMENTO	59
CAPÍTULO VI - PENHORA DE PERCENTUAL DO FATURAMENTO DE EMPRESA.....	67
VI. I. Faturamento como Direito da empresa	73
VI. II. Penhora sobre faturamento de empresa e a ordem legal de bens à penhora	77
VI. III. Sujeição passiva possível	80
VI. IV. Pluralidade de penhoras sobre o faturamento	82
VI. V. Depositário-administrador	85
VI. VI. Elaboração, apresentação, aprovação ou rejeição do plano	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUÇÃO

Devido à importância da empresa para o interesse coletivo e ao fato de que, em última análise, a penhora sobre faturamento é um ato de império do interesse público sobre o interesse privado, justifica-se a proposta de estudo sobre o tema.

A penhora sobre percentual do faturamento da empresa guarda certa similaridade com o antigo instituto da “adjudicação compulsória”. Acolhida pela doutrina e jurisprudência, notadamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, um embrião do que é hoje a penhora sobre faturamento foi pioneiramente inserido no ordenamento jurídico pela Lei n.º 10.552/02, no art. 11, §8º e, recentemente com o advento da Lei n.º 11.382/2006, foi definitivamente incluído no CPC (Código de Processo Civil), nos artigos 655, VII e 655-A, §3º.

Antes da recente positivação no Código de Processo Civil – a Lei n.º 10.552/02 apenas faz menção ao instituto –, eram quatro os requisitos mais genericamente apontados pela doutrina e jurisprudência para efetivação da medida:

- a) a nomeação de depositário-administrador;
- b) a necessidade de apresentação de um plano de pagamento;
- c) a excepcionalidade da medida: utilização restrita a apenas quando todas as outras medidas falharam;
- d) que a constrição permitisse o funcionamento e a sobrevivência da empresa.

Os dois primeiros requisitos constam no novo art. 655-A, §3º do CPC; já o art. 655, VII do mesmo *codex*, apenas colocou o instituto na ordem legal de bens, em sétimo lugar – de certa maneira, relativizando a excepcionalidade da medida, que vinha sendo consagrada pelos tribunais. Por fim, o último requisito está, de certa forma, compreendido pela exigência de apresentação de um plano de pagamento factível, embora o princípio da necessidade de sobrevivência da empresa tenha continuado relegado ao ramo dos princípios e aos estudos doutrinários e a jurisprudência.

Adiante conceituaremos e também nos deteremos na análise da natureza jurídica, conteúdo e abrangência da penhora, assim como do conteúdo do termo “faturamento” – ainda que, nos dias atuais, o termo tenha sido delimitado de forma bastante precisa – sem nos afastarmos dos princípios e regras gerais da Carta Magna de 1988.

Esses princípios constitucionais revelam que as empresas guardam grande importância para toda a coletividade e que o exame do instituto da penhora sobre percentual de faturamento de empresa se faz urgentemente necessário para demonstrar como, quando e sob quais condições e requisitos a penhora sobre faturamento pode ocorrer em prestígio aos princípios e Direitos Fundamentais.

CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há outra forma de iniciar qualquer estudo sobre as três gerações de direito sem mencionar que a idéia nasceu de Karel Vasak, que proferiu, em 1979, no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, na França, aula com o título "*Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidariedadé*" –“Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade”¹, em português.

A separação em gerações, descrevendo uma crescente sobreposição histórica de direitos, foi cunhada por esse jurista para perfilar o avanço dos direitos fundamentais com o lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade, Fraternidade. Por esse arranjo retórico e didático é que Karel Vasak deu aos direitos difusos que vinham surgindo o nome de direitos de solidariedade, aprofundando ou até atualizando, o termo fraternidade do lema revolucionário.

De fato, o que houve foi um avanço histórico gradual dos direitos fundamentais, sem que houvesse efetivamente a divisão em gerações. A separação dos direitos em três gerações é útil por seu didatismo e beleza retórica, porém não é essencial ao entendimento do avanço histórico dos direitos do Homem.

Por ser didaticamente útil, seguiremos, a seguir, as três gerações originais de Karel Vasak, sem deixar de informar que essas três gerações traçam um

¹ BARROS, S. R. **Três gerações de direitos.** Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=12>>. Acesso em: 13 jul. 2007.

percurso de evolução histórica contínua, que deve ser analisada em sua complexidade e não em simplicidade resumida.

A luta pelos direitos individuais nasce com o surgimento do Estado que, soberano e absoluto, tudo podia e nada devia. Desse fato histórico, surgiu a necessidade das massas de opor ao soberano os direitos individuais, como fizeram os ingleses diversas vezes tendo por fonte seus direitos de tempos imemoriais, fática ou ideologicamente advindos das mais remotas tradições da terra inglesa. A fonte, seja histórica ou ideológica, era necessária para a retórica política, já que, se tais direitos fossem outorgados pelo Rei, poderia ele cassá-los, o que não satisfaria a necessidade histórica presente.

Assim, são marcos da luta inglesa: Magna Carta de 1215, posteriormente confirmada várias vezes por sucessivos soberanos, *Petition of Right*, de 1627, o "*Habeas corpus*" Act, de 1679, e, por fim, o *Bill of Rights* de 1689.

Não sendo o combate ao absolutismo uma necessidade histórica apenas inglesa, por óbvio que o remédio a essa necessidade não haveria de se restringir a essas terras, tendo migrado para a França, onde os direitos dos súditos contra seu Rei foram racionalmente perfilados com base na teoria dos direitos naturais.

Essa teoria política substituiu a contento a necessidade histórica francesa para dar outra fonte a tais direitos que a mera concessão do Rei. Não podendo ser por ele concedidos, os direitos não poderiam ser por ele revogados. De acordo com essa teoria, os direitos do Homem deveriam ser apenas declarados para serem conhecidos e garantidos. Para esse duplo fim – dar a conhecer e garantir os direitos

naturais do indivíduo humano –, surgiu formalmente, na França, a declaração de direitos².

Com e por esses adventos históricos, e a estes somados outros como a Independência Americana, entre outros, surge a primeira geração de direitos que, de acordo com o argumento retórico de justaposição com o trinado da revolução francesa empregado por Karel Vasak, foram chamados “Direitos de Liberdade”.

São, de fato, direitos de liberdade individual ou direitos individuais, pois têm o escopo de impor limites à ação do Estado, para o qual geram *obrigações de não-fazer*³. Denominados pelos franceses de “Liberdades Públicas”, seu principal objetivo é resguardar o indivíduo da ação absoluta estatal.

Pela exemplificação dos direitos afirmados nessa primeira geração, percebe-se que são claramente direitos dos indivíduos singularmente considerados. São alguns desses direitos: liberdade de opinião, direito a julgamento justo – iniciou-se com o julgamento pelos costumes e pelos pares da terra natal evoluindo até o “*Due process of law*”⁴ –, liberdade de credo ou religião e direito a voto – evoluindo do restrito ao universal –, entre outros.

Os direitos individuais são, devido à sua fonte ideológica, histórica ou política, imprescritíveis, inalienáveis e irrevogáveis. A necessidade histórica foi satisfeita por esses direitos e pelo aprimoramento destes até o fim do século XIX e início do século XX, quando nasce a segunda geração de direitos.

² Id. ibidem.

³ Id. ibidem.

⁴ Expressão que, infelizmente, deixou de encontrar tradução no português dado o amesquinamento do “Devido Processo legal” corrente nestas terras.

À Era das Revoluções e do surgimento dos direitos fundamentais – ainda na forma de direitos meramente individuais – se sucede a Era do Capital⁵. Nesse momento histórico, o mercantilismo gera o acúmulo de capital para, por fim, se transformar em Capitalismo, que, fundado na liberdade negocial total, se desenvolve ao livre arbítrio da “mão invisível” do mercado. Para descrever esse momento histórico do sistema capitalista separando-o do sistema econômico vigente, é de praxe incluir um adjetivo: selvagem. Selvagem, não porque maléfico à sociedade – embora a moral dos dias de hoje assim o considere –, mas porque, desprovido das amarras do Estado, se desenvolvia livre como um animal na mata – de fato, o Estado sempre exerce influência sobre o sistema econômico, mesmo que mera influência política, de toda forma, o nível de liberdade desta época pode sim ser considerado como selvagem.

A Era do Capital, como todo momento/fenômeno histórico, traz em si não as raízes de sua destruição, mas o embrião de sua mutação. Eric J. Hobsbawn⁶ afirma que o fim da Era do Capital ocorre quando os Estados tornam-se novamente grandes e poderosos, dessa vez, não absolutos contra seus súditos, mas “absolutistas” em relação a outros Estados menos poderosos.

Se antes era o império absolutista do monarca que oprimia o indivíduo limitando sua liberdade, agora eram as amarras do capital que o impediam de atingir a felicidade ou outra fonte qualquer que se considera motor da necessidade histórica. As liberdades dos indivíduos encontram, nesse momento, barreiras econômicas.

⁵ HOBBSAWN, E. J. **A Era dos Impérios**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

⁶ Id. *ibidem*.

Como considerar o indivíduo rico, que tem ao seu alcance todas as benesses da modernidade e da industrialização tão livre quanto o pobre, que, sem capital acumulado, será impedido de exercer até o mais simples direito, como o de ir e vir, se não puder pagar por ele? O efetivo gozo dos direitos individuais dependeria, então, da afirmação de novos direitos do Homem.

O remédio histórico proposto é a concepção, mais uma vez utilizando a nomenclatura do poderoso argumento retórico de Karel Vasak, dos “Direitos de Igualdade.” O argumento retórico é simples e didático: se, na geração anterior, os indivíduos afirmaram – mera declaração – sua liberdade, era necessário, pelo momento de opressão social, que o segundo lema da revolução se concretizasse: Igualdade entre os pares.

Igualdade social entre as categorias de indivíduos que acumulam capital de forma desigual e posteriormente entre categorias de indivíduos que possuem certo poder opressor ante o outro por alguma dada condição.

Essa dada condição surge inicial e principalmente na relação capital e trabalho e logo evolui para outras relações em que o poder se apresenta de forma desigual, como a relação de inquilinato, de consumo, entre outras.

Se os direitos individuais cobravam ações negativas, obrigações de não-fazer, a nova geração de direitos reivindica a ação positiva do Estado, por verdadeiras obrigações de fazer, prestações e intervenções sociais dos órgãos estatais, com a finalidade de promover a igualdade⁷.

⁷ Id. ibidem.

Por buscarem a igualdade no efetivo gozo das liberdades individuais de primeira geração, os direitos de segunda geração caracterizam-se não pela oposição de direitos do indivíduo contra o Estado, mas pela oposição de categorias de indivíduos contra outras categorias de indivíduos. Por exemplo: os direitos especiais da categoria dos assalariados frente à dos detentores do capital, o direito da categoria dos consumidores face aos produtores, dos estudantes frente às organizações de ensino, entre outras tantas.

Novos tempos geram novas necessidades históricas. Isso não implica afirmar que as necessidades históricas passadas foram integralmente satisfeitas. Assim, mal se iniciaram os processos que levaram à obtenção de direitos categoriais – os ditos de segunda geração –, já se desencadeava, na aurora do século XX, a era da catástrofe⁸, que evidenciaria a capacidade do Homem de auto-destruir-se.

A guerra, a catástrofe econômica dos anos 1920 e 1930, novamente a guerra e, então, o risco do extermínio maciço da humanidade pela própria humanidade e a intensificação do convívio humano nas aldeias globais fizeram nascer, após a declaração dos direitos de liberdade (individuais) no século XIX e dos direitos de igualdade – econômicos, sociais e culturais – no século XX contidos na segunda geração, a partir do âmbito internacional, o aparecimento de uma nova geração de direitos fundada no humanismo integral em defesa da dignidade humana mediante a solidariedade humana⁹.

Essa nova geração de direitos foi correlacionada por Karel Vasak como a terceira lâmina do tridente revolucionário francês: a fraternidade. São os

⁸ HOBBSBAWN, E. J. **A Era dos Extremos**: o breve século vinte. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

⁹ BARROS, S. R. **Noções sobre gerações de direitos**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>>. Acesso em: 9 jul. 2007.

denominados direitos de fraternidade ou direitos de solidariedade. Sérgio Resende de Barros explica a ação dessa tipologia de direitos¹⁰:

Defendem os valores humanos mais básicos e genéricos da sociedade humana, em verdade se estendem a toda a sociedade humana indistinta e difusamente considerada em sua generalidade. Daí, por que o nome que mais lhes convém, quanto à extensão, é o de direitos difusos (BARROS, [s.d.], [s.p.]).

A nova necessidade histórica exigiu direitos cuja titularidade alcançava todos os indivíduos integrantes da humanidade, indistintamente considerados ou distintos em categorias sociais, como na segunda geração.

Essa geração de direitos leva o ser humano ao um novo patamar social: o da responsabilidade solidária de todos os homens para com o efetivo exercício da liberdade e da igualdade entre seres humanos, sintetizando os valores basilares da humanidade.

Do ponto de vista jurídico, tais direitos geram obrigações de fazer ou de não - fazer não só ao Estado, mas também a todos os integrantes da sociedade política¹¹.

Assim, a evolução dos direitos fundamentais leva à questão da re-articulação da cidadania a partir dos grupos, das organizações sociais públicas e privadas, locais, regionais, nacionais e mundiais. Diante dos problemas colocados pela globalização, será necessária a revisão da separação de um direito centrado no

¹⁰ BARROS, S. R. Op. cit.

¹¹ Id. ibidem.

mercado e de um "outro" direito centrado na cidadania, nos valores culturais e sociais.

Sindicatos, organizações de proteção ao meio ambiente, movimentos de defesa da igualdade de gêneros – para citar algumas organizações – atuam diante do Estado, de organizações públicas internacionais e empresas transnacionais de forma isolada ou articulada em redes mundiais para a defesa de interesses coletivos e difusos.

A globalização dos feudos em nações trouxe os direitos de primeira geração, a globalização do capital selvagem trouxe a segunda geração, e agora a globalização das nações em supra-nações, em busca da derradeira solidariedade entre os homens e pela efetiva globalização, trouxe os direitos difusos, do Homem em face do Homem, como ser social coletivamente considerado.

Em constante evolução, desde os direitos dos indivíduos face a outros indivíduos, passando pelos direitos de categorias sociais em face de outras categorias sociais até o momento de consolidação da solidariedade multinacional, global, mundial.

O rumo tomado até o momento é a tendência do capital domado por singelas amarras. Como visto, o meio ambiente econômico influencia diretamente o surgimento de necessidades históricas, que, por sua vez, reagem sobre o meio ambiente econômico.

Um meio econômico saudável é uma das condições para a efetividade e distribuição dos direitos individuais, categoriais e de solidariedade. E o motor

propulsor de um meio ambiente economicamente saudável, no sistema capitalista atual, é a empresa.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS DA UTILIDADE, FINALIDADE E SUFICIÊNCIA: EQUILÍBRIO NA EXECUÇÃO E PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

As sociedades empresárias privadas em que centraremos nosso estudo, já que as pessoas jurídicas empresárias de direito público – empresas públicas – se encontram em posição normativa privilegiada, assim como as pessoas jurídicas de direito privado cujo capital social é formado totalmente ou majoritariamente por capital público – empresas estatais ou de economia mista¹² – tal o cuidado do ordenamento jurídico em preservar a coisa, o bem público.

A preservação da empresa privada ou da sociedade empresária é preocupação recente no ordenamento brasileiro como aponta Sebastião José Roque (1994):

A função do Direito Falimentar era a de selecionar as empresas viáveis e banir da vida empresarial as empresas que revelaram incapacidade tecnológica de nela permanecer. Baseiam-se no antigo princípio: “quem não tem competência não se estabelece”. Permaneceriam então as multinacionais, portadoras de aperfeiçoado “aviamento”, ou seja, organização mais adequada para enfrentar os desafios da nova ordem econômica (ROQUE, 1994, p. 93).¹³

O autor anota, ainda, que o aspecto da antiga Lei de Falências brasileira era eminentemente punitivo:

¹² COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 3 ed. São Paulo: Max Limonade, 1999.

¹³ ROQUE, S. J. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 1994.

No Brasil, era marcante a natureza jurídica processual e com sentido punitivo à empresa falida e aos seus dirigentes (mais à empresa do que aos dirigentes). A falência é um processo, um procedimento judicial, tanto que ela começava com a sentença decretatória de falência (ID. IBIDEM, 1994, 36).¹⁴

Obviamente que o aspecto punitivo não atendia aos credores nem à sociedade. Um sistema jurídico meramente punitivo e altamente complexo aliado à morosidade judicial virtualmente privava os credores do produto da expropriação dos bens da massa em caso de falência, e a sociedade perdia um contribuinte de impostos, um gerador de riquezas e postos de emprego.

Waldírio Bulgarelli (1985) explica a importância da empresa para a sociedade:

O que nos parece de maior interesse é ressaltar a valoração dos interesses convergentes na empresa, e nesse sentido Ghidini entende que para a melhor compreensão do sistema legal é necessário partir do óbvio conceito de que a empresa é um organismo produtivo de fundamental importância social e portanto deve ser salvaguardado e defendido enquanto: 1) constitui o instrumento de produção de riqueza (efetivo); 2) constitui o instrumento fundamental de ocupação e distribuição de riqueza; 3) constitui um centro de propulsão de progresso e também cultural da sociedade. Em consequência implica em vários interesses: 1) dos trabalhadores dependentes; 2) dos clientes consumidores (adquirentes dos produtos, usuários dos serviços, etc.); 3) dos fornecedores e, em geral, do mercado de crédito; 4) de outros empresários concorrentes (BULGARELLI, 1985, p. 58).¹⁵

O autor explica também a necessidade de regulação e proteção à empresa, mesmo fora do âmbito do Direito Comercial:

¹⁴ Id. ibidem.

¹⁵ BULGARELLI, W. **A teoria jurídica da empresa**: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

É natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna já chamada de *célula-mater* da economia em nossos tempos, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas em relação ao empresário coletivo; aos consumidores, à comunidade, etc. E sem dúvida que a regulação ou proteção desses interesses chega a extravasar a área delimitada do Direito Comercial indo alcançar outros ramos do Direito (BULGARELLI, 1985, p. 267-8).¹⁶

Aliás, coletivamente consideradas, as empresas encarregadas da produção de bens e serviços para consumo não são apenas entes recolhedores de impostos e criadores de postos de trabalho, mas também constituem a própria economia nacional.

Na busca pelos ideais previstos na Constituição é que o antigo direito falimentar se transmutou ao longo do tempo em direito de recuperação de empresas, sendo que a falência passou a ser aplicável apenas quando falha a recuperação.

Acerca do espírito da nova lei de falências de 2005 (Lei n.º 11.101/2005) discorre novamente Sebastião José Roque (1994):

A empresa é organismo vivo, tendo seu início e seu fim, ambos entremeados de altos e baixos da fisiologia empresarial. Essa vida, porém, apresenta sua fase patológica, caracterizada pelo estado de crise econômico-financeira e seus desacertos. O Direito de Recuperação de Empresas é o ramo do Direito Empresarial encarregado de cuidar da fase patológica da empresa enferma, mas com possibilidade de salvação; os procedimentos falimentares

¹⁶ Id. ibidem.

procuram solucionar a morte da empresa, poupando maiores sofrimentos para todos (ROQUE, 1994, p. 36).¹⁷

E, no mesmo sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior, ao discorrer sobre a necessidade de preservação do capital de giro das empresas:

A explicação está em que a empresa não é uma figura estática de um simples patrimônio. É um organismo vivo, cuja preservação interessa a toda a sociedade e não apenas a seus associados, pela reconhecida função social que desempenha na circulação da riqueza e na produção de bens e serviços úteis e necessários à vida comunitária (THEODORO JÚNIOR, [s.d.], [s.p.]).¹⁸

O excerto acima propõe que, agrupados, os princípios do pleno emprego, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente e da soberania nacional orientam a busca por um determinado estado ideal de coisas, com uma finalidade específica: a preservação da empresa.

Esse princípio que orienta os processos de recuperação de empresas é também o que orienta os processos de execução singular por quantia certa contra devedor solvente em face de empresas – seja embasada tanto em título extrajudicial como em título judicial – e deve também orientar a penhora, segundo Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo (apud BUENO, 2008):

O princípio da função social da empresa é tratado, atualmente, sob diversas óticas: instrumento de progresso econômico e tecnológico; célula-base de toda economia industrial; agente de expansão e verdadeiro criador de riqueza nacional. Por essa razão, é indispensável que o *princípio da preservação da empresa* também norteie a realização da penhora, para proporcionar a melhor

¹⁷ ROQUE, S. J. Op., cit..

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, H. **A impossibilidade da penhora do capital de giro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2925>>. Acesso em: 28 mai. 2009.

possibilidade se sua “sobrevivência” (continuidade) (REDONDO; LOJO apud BUENO, 2008, p. 43).¹⁹

Nota-se que, no processo de recuperação judicial, convivem dois princípios aparentemente antagônicos: a recuperação da empresa em crise econômica e a satisfação dos credores.

A princípio, o objetivo maior do processo de recuperação de empresas é justamente a recuperação da empresa, porém tal objetivo não se deve cumprir à custa dos direitos dos credores. O processo de recuperação se realiza flexibilizando estes últimos – direitos dos credores – para tornar possível a realização do objetivo máximo, a recuperação da empresa.

Portanto, pode-se dizer que, embora o objetivo da recuperação da empresa prevaleça sobre o interesse dos credores, a principal finalidade do instituto da recuperação judicial é propiciar um ambiente em que os dois princípios dialoguem sob a supervisão de um juízo imparcial e auxílio técnico profissional.

O estado de coisas anterior, que buscava a punição e o banimento daquelas empresas consideradas não aptas à vida empresarial, se demonstrou ineficaz para satisfazer os interesses dos próprios credores, cuidando a Constituição de sabiamente corrigir o equívoco lançando as bases do pensamento jurídico que busca não a punição, mas a preservação da empresa.

¹⁹ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. v. 3. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

Este princípio, presente no caso extremo do processo de recuperação judicial, também é aplicado aplicá-lo ao processo de execução de título extrajudicial e cumprimento de sentença por quantia certa contra devedor solvente.

Há de se salientar que, no curso do processo executivo, dialoga o interesse do credor, representado pelo princípio do resultado ou da eficiência da jurisdição, com os demais princípios orientadores do processo de execução classicamente trazidos pela doutrina. São eles: o princípio da suficiência, da utilidade e da especificidade.

Sobre essa tríade, explica Cassio Scarpinella Bueno (2008) acerca do interesse do credor:

De acordo com o princípio do resultado, que tem fundamento no art. 612, a tutela jurisdicional executiva e, conseqüentemente, a prática dos atos que se fazem necessários para sua prestação devem ser pensados com vistas à satisfação do exeqüente. O dispositivo é expresso no sentido de que “realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados” (BUENO, 2008, p. 43).

Já o princípio da suficiência impõe que o órgão judiciário estatal realize a constrição judicial somente sobre bens que sejam necessários para o pagamento do credor e das despesas processuais – art. 659 do CPC²⁰.

O princípio da suficiência embasa a possibilidade da penhora parcial e também impede o abuso ou excesso da penhora – inciso I do art. 685 do CPC²¹.

²⁰ Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.

²¹ Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exeqüente e acessórios;

Visa, portanto, a proteger o devedor de possíveis excessos do exeqüente, o que contribuirá também para a preservação da empresa devedora.

O princípio da utilidade impede a expropriação inútil de bens do devedor, ou seja, quando o produto da expropriação não satisfaz minimamente a pretensão do credor.

O Código de Processo Civil fixa esse patamar mínimo determinando que a penhora não se concretize quando evidenciado que o resultado não será suficiente ao pagamento das custas e demais despesas processuais – § 2º, art. 659, CPC²².

Outro princípio classicamente descrito pela doutrina é o da especificidade. Esse princípio é que orienta que a penhora deve afetar exclusivamente aos bens (patrimônio) do devedor, impedindo que a penhora, em princípio, alcance bens de terceiros.

Cassio Scarpinella Bueno (2008) utilizou o termo “execução equilibrada” para descrever o necessário equilíbrio de todos os princípios envolvidos no processo executivo. Fica, dessa forma, sua lição:

De acordo com o princípio do resultado, que tem fundamento no art. 612, a tutela jurisdicional executiva e, conseqüentemente, a prática dos atos que se fazem necessários para sua prestação devem ser pensados com vistas à satisfação do exeqüente. O dispositivo é expresso no sentido de que “realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

Parelho a este princípio (resultado) é bastante freqüente haver menção a outro, o da máxima utilidade da execução”, construído a partir do disposto nos arts. 577, 579, 599, 600 e 601, que

²² Art. 659, § 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.

expressamente reconhecem o múnus público do estado-juiz ao longo da prestação da tutela jurisdicional executiva, autorizando-o a tomar providências, até mesmo de ofício, para, a um só tempo, criar condições de prevaecimento do direito tal qual reconhecido no título – e, conseqüentemente, a satisfação plena do exeqüente – e reprimir quaisquer atos do executado (ou de terceiros) que, de alguma forma, busquem ilegitimamente frustrar aquela função.

O chamado “principio da menor gravosidade ao executado”, por sua vez, é exposto no art. 620: havendo alternativas à prestação da tutela jurisdicional executiva, aí compreendidas as atividades que a veiculam, o modo menos gravoso, isto é, menos oneroso, ao executado, aquela que *sofre* a tutela executiva, deve ser eleito. Trata-se de diretriz que, em última análise, deriva do princípio da ampla defesa, de estatura constitucional.

O conflito resultante dos princípios apresentados anteriormente tem, em última análise, fundamento constitucional bem claro, não obstante seu assento no modelo *infraconstitucional* do processo civil nos arts. 612 e 620, respectivamente: trata-se do mesmo conflito que se pode verificar entre o “principio da efetividade da jurisdição” e o “principio da ampla defesa”.

(...)

A “execução equilibrada”, aqui examinada, destarte, não é, propriamente, um “princípio” da tutela jurisdicional executiva mas, diferentemente, um verdadeiro resultado *desejável* da escorreita aplicação, em cada caso concreto, dos princípios do “resultado” e da “menor gravosidade da execução” (BUENO, 2008, p. 24-5).²³

Pode-se perceber, portanto, que esses princípios orientados para o fim de uma execução equilibrada são perfeitamente condizentes com a finalidade de preservação da empresa, sendo que doravante, quando citarmos esse último objetivo final, entenderemos que a preservação da empresa sempre se comportará em consonância com os três princípios, ou seja, se implementará de forma suficiente, útil e específica; assim como não exigirá do juízo da execução, do credor ou do devedor nada mais do que equilíbrio.

São esses princípios que regem os processos de execução contra devedor solvente fazendo com que se alinhem em favor dos ideais do bem coletivo, buscados pela Carta Magna.

²³ Id. *ibidem*.

É, com esse espírito, que a nova redação do art. 655²⁴ do Código de Processo Civil, dada pela Lei n.º 11.382 de 6 de dezembro de 2006, mais do que reorganizar a ordem de preferência dos bens pela qual a penhora poderá se realizar, inovou o direito positivo, porquanto se entende que, ao relacionar a penhora sobre faturamento no inciso VII na ordem de preferência, o ordenamento positivou a construção jurisprudencial doutrinária existente. Como assevera Humberto Theodoro Júnior (2008):

A jurisprudência, há algum tempo, vinha admitindo, com várias ressalvas, a possibilidade de a penhora incidir sobre parte do faturamento da empresa executada. A reforma do CPC realizada pela Lei 11.382/2006, que criou o art. 655-A, normatizou em seu §3º a orientação que predominava no Superior Tribunal (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 329).²⁵

O instituto jurídico propicia o exercício do princípio da preservação da empresa quando esta se encontra sem disponibilidade imediata de ativos suficientemente líquidos, ou seja, possuidora de ativos de valor suficiente a fazer frente ao passivo exequendo, porém não possuidores da liquidez necessária.

Afinal, trata-se de execução contra devedor solvente, e, em condições normais, a sociedade empresária com essas características encontra-se em situação de grave crise financeira e dificilmente está sujeita a apenas um processo de execução ou cumprimento de sentença.

²⁴ Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de execução e cumprimento da sentença, Processo Cautelar e tutela de urgência. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Em condições tais, o mais provável é que diversos credores a estejam demandando judicialmente, em um estado de pré-insolvência, anterior apenas àquelas condições que são capazes de dar ensejo à recuperação judicial.

O princípio da preservação da empresa atua, então, na execução contra devedor solvente em favor do bem coletivo, em estrito respeito e rigor aos demais princípios que regem os processos executivos.

Eis o que dispõe a Orientação Jurisprudencial n.º 93 de 25 de maio de 2002 da SDI-II do TST:

Mandado de Segurança. Possibilidade de penhora sobre parte da renda de estabelecimento comercial. É admissível a penhora sobre renda mensal ou faturamento de empresa, limitada a determinado percentual, desde que não comprometa o desenvolvimento regular de suas atividades.

Portanto, o objetivo do dispositivo adicionado no ordenamento positivo pela Lei n.º 11.382/06 é novamente propiciar, no âmbito da execução contra devedor solvente ou das execuções contra devedor solvente, um ambiente em que o interesse dos credores e a preservação da empresa como bem coletivo dialoguem sob a supervisão de um juízo imparcial e auxílio técnico profissional.

O próximo passo, portanto, é delimitar o conteúdo dos termos da inovação legislativa diante dos conceitos de penhora e de faturamento, para, a seguir, demonstrar como e sob quais condições a penhora sobre faturamento se implementa, tendo como finalidade dos princípios orientadores, a preservação da empresa.

CAPÍTULO III - EMPRESA

III. I. Regime constitucional de livre iniciativa

O pressuposto constitucional do regime jurídico-econômico nacional é a livre iniciativa privada para a exploração de atividades econômicas – art. 170, CF/88²⁶ –, sendo reservada ao Estado a atuação apenas supletiva – art. 173, CF/88²⁷ –, esta restrita a casos excepcionais descritos minuciosamente na Constituição.

O Estado brasileiro legou, portanto, à iniciativa privada, o ônus e o bônus de desenvolver plenamente a atividade econômica, reservando a si o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica – art. 174, CF/88²⁸ – para que esta seja exercida pelo empreendedor privado nos moldes capitalistas e em atendimento aos princípios trazidos pelo art. 170 da CF/88.

Ao reservar ao Estado papel meramente regulador ou de agente supletivo, cuja atuação só é permitida em hipóteses excepcionais, a Constituição expressamente optou pelo sistema de produção de bens e serviços necessários à

²⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

²⁸ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

vida das pessoas individualmente consideradas, denominado capitalista. Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho (2003):

Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para o integral e satisfatório cumprimento desta obrigação. Se, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa tarefa. Caso contrário, ou seja, se não houvesse um regime jurídico específico para a exploração econômica, a iniciativa privada permaneceria inerte e toda a sociedade sofreria com a estagnação da produção dos bens e serviços indispensáveis à satisfação de suas necessidades (COELHO, 2003, p. 26).²⁹

Todo o sistema jurídico pátrio e, em especial, a legislação Constitucional são orientados de acordo com determinados princípios, ou seja, são voltados à busca por um estado de coisas ideal.

Assim, o regime jurídico específico que rege os meios de produção e consumo de bens e serviços escolhido – capitalismo – deve obediência aos princípios constitucionais orientadores propostos e cristalizados na Constituição.

Todos os princípios estampados no art. 170 da CF/88 dialogam entre si em um movimento dialético, assumindo maior ou menor ascendência individual sobre os demais princípios do conjunto de acordo com o desenvolvimento da busca pelo estado de coisas ideal previsto na Constituição.

²⁹ COELHO, F. U. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Na busca desses ideais, o principal mecanismo pelo qual a livre iniciativa se organiza com a finalidade de cumprir o objetivo a ela legado pela Carta Magna é o exercício da empresa.

III. II. Teoria Jurídica da Empresa

A teoria jurídica da empresa hoje atuante no Brasil surgiu na Itália, em 1942, conforme descreve Fábio Ulhoa Coelho (2003):

Em 1942, na Itália, surge um novo *sistema* de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele, alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de *teoria da empresa*. O Direito Comercial, em sua terceira etapa evolutiva, deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma *forma específica* de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial. Atente para o local e o ano em que a teoria da empresa se expressou pela primeira vez no ordenamento positivo. O mundo estava em guerra e, na Itália, governava o ditador fascista Mussolini.

A ideologia Fascista não é tão sofisticada como a comunista, mas um pequeno paralelo entre ela e o marxismo ajuda a entender a ambientação política do surgimento da teoria da empresa. Para essas duas concepções ideológicas, burguesia e proletariado estão em luta; elas divergem sobre como a luta terminará. Para o marxismo, o proletariado tomará o poder do estado, expropriará das mãos da burguesia os bens de produção e porá fim às classes sociais (e, em seguida, ao próprio estado), reorganizando-se as relações de produção.

Já para o Fascismo, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo Estado nacional. Burguesia e proletariado superam seus antagonismos na medida em que se unem em torno dos superiores objetivos da nação, seguindo o líder (*duce*), que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes em conflito. Vale notar que Asquini, um dos expoentes da doutrina comercialista italiana, ao tempo do governo fascista, costumava apontar como um dos *perfis* da empresa o

corporativo, em que se expressava a comunhão dos propósitos de empresário e trabalhadores (ID. IBIDEM, p. 8).³⁰

Como explica ainda o autor, a teoria da empresa se desvencilhou de suas origens fascistas e se espalhou por outros países de tradição jurídica romana devido a seus méritos jurídicos, tecnológicos e principalmente por superar a teoria dos atos de comércio, abrigando, sob suas hostes, importantes setores da economia, setores outros que não o puro comércio.

No Brasil, a teoria da empresa se instalou primeiramente na doutrina e na jurisprudência, sendo aos poucos exposta no ordenamento positivo por meio de leis específicas, como o Código de Defesa do Consumidor (1990), a Lei de Locação Predial Urbana (1991) e a Lei de Registro de Empresas (1994). Por fim, foi consagrada com a entrada em vigor do CC (Código Civil) de 2002.

Waldírio Bulgarelli destaca que o ponto chave da teoria da empresa é o exercício de uma atividade tipicamente empresarial:

E aqui gostaríamos de ressaltar o que parece ter sido o *verdadeiro achado* na teoria jurídica da empresa, embora nem sempre clara para seus cultores: a transmutação do conceito econômico de empresa como *organização da atividade econômica* em *atividade econômica organizada* (BURGARELLI, 1985, p. 115).³¹

Essa atividade, segundo o autor, se contrapõe à antiga teoria dos atos de comércio:

³⁰ COELHO, F. U. Op. cit.

³¹ BURGARELLI. Op. cit.

No que consiste esta *empresarialidade*, que naturalmente, na evolução histórica, se opõe à antiga teoria dos atos de 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* (ID. IBIDEM, p. 115).³²

Nota-se que, no conceito analítico proposto pelo autor, a atividade empresarial não é apenas a “atividade econômica organizada”, mas a atividade econômica organizada qualificada pelo signo do profissionalismo e que é exercida por meio de um complexo de bens. Oscar Barreto Filho (1988) detalha essas notas relevantes:

Caracteriza-se o empresário, desta forma, pelas seguintes notas conceituais: a) exercício de atividade econômica, destinada a criação de riqueza; b) atividade organizada, através da adequada coordenação dos fatores da produção – trabalho, natureza e capital; c) exercício praticado de modo profissional, isto é, habitual e sistemático, vale dizer, em nome próprio e com fito de lucro (BARRETO FILHO, 1988, p. 112).³³

O profissionalismo é considerado sobre três aspectos distintos, a saber: Habitualidade, Pessoaalidade e o monopólio das informações ou *Know-How*, sendo esta última característica assim conceituada por Fábio Ulhoa Coelho (2003):

³² BULGARELLI. Op. cit.

³³ BARRETO FILHO, O. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comércio ou fazenda mercantil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

Monopólio das informações que o empresário detém sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa. Este é o sentido com que se costuma empregar o termo no âmbito das relações de consumo. Como o empresário é profissional, as informações sobre bens ou serviços que oferece ao mercado – especialmente as que dizem respeito as suas condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação riscos potenciais à saúde ou a vida dos consumidores – costumam ser de seu inteiro conhecimento (COELHO, 2003, p. 12).³⁴

Habitualidade se configura pelo fato de a atividade de produção e comercialização não ocorrer de forma episódica, ou seja, para ser considerado como habitual, o empresário deve exercer a atividade de forma contínua, não esporádica. A pessoalidade ocorre pela distinção da personalidade empresária da de seus sócios e funcionários ou prepostos.

No que tange à organização para circulação de bens e serviços, reputa-se que estejam na empresa, presentes e articulados entre si, os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia – no sentido de *know-how*.

Essa articulação deve ter um propósito definido, qual seja atender ao mercado consumidor desses bens e serviços. Por isso, a articulação com fins outros que não a de atender ao mercado não é dotada do signo da empresarialidade, na expressão utilizada por Waldírio Bulgarelli (1985):

Tratando-se de um fenômeno complexo, sem dúvida, que a sua tradução para o Direito não poderia ser feita apoiada numa única categoria, mas deveria ser referida a três delas, demonstrando-se através dos três conceitos, a sua essencialidade. Razão pela qual, a

³⁴ COELHO. Op. cit.

fim de clarificar terminologicamente o fenômeno, na sua complexa projeção, adotamos o termo empresarialidade. E dessa empresarialidade apreendeu-se: 1) o agente, o que tem iniciativa, a anima, corre riscos e faz jus aos resultados; 2) o conjunto ou o complexo de bens que o empresário utiliza para atingir os fins propostos; e finalmente 3) a atividade econômica organizada desenvolvida (BULGARELLI, 1985, p. 53).³⁵

Por fim, o empresário, agente da atividade empresarial, exerce sua atividade por meio de um complexo de bens, o estabelecimento comercial:

Parece ficar de fora o *estabelecimento* (*azienda, fonds de commerce, hacienda, etc.*) cuja palavra não participa do radial da empresa; entretanto substancialmente se afirma pelo significado, como integrante da empresarialidade, através da organização de bens que está ínsita na compreensão do termo. É incontroverso que o estabelecimento, embora historicamente reconhecido e aceito desde a Idade Média, designado como *taberna, mensa, mercatura, fundacum, merx*, já caracterizado *corpus universale* ou *corpus mysticum*, no regime jurídico do comerciante, tomou, contudo, novas dimensões e, conseqüentemente, outra configuração após o surgimento da empresa. Não será, pois, porque o seu nome não ostenta conotação empresarial direta, que deixa de integrar a empresarialidade, situando-se como outro perfil da empresa econômica, no plano jurídico (ID. IBIDEM, p. 47).³⁶

E, no mesmo sentido, Oscar Barreto Filho (1988) afirma:

O *empresário*, como vimos, é um sujeito de direito, e a *empresa* é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o *estabelecimento*. A figura jurídica do empresário pressupõe, necessariamente, uma base econômica, ou seja, um complexo de bens que constituem o instrumento e, de certo modo, o objeto de seu trabalho. Esse complexo de bens destinados pelo empresário ao exercício da empresa é a *fazenda* ou *estabelecimento* (BARRETO FILHO, 1988, p. 115).³⁷

³⁵ BULGARELLI. Op. cit.

³⁶ BULGARELLI. Op. cit.

³⁷ BARRETO FILHO. Op. cit.

Sendo o estabelecimento uma universalidade patrimonial pela qual o sujeito empresário desenvolve sua atividade, verifica-se que a empresa é essa própria atividade, ou seja, uma abstração, como afirma Rubens Requião (1998):

É preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*. A muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. Brunetti, professor italiano de alto conceito, chegou à conclusão da abstratividade da empresa, observando que “a empresa, se do lado político-econômico é uma realidade, do jurídico é *un’astrazione*, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da *azienda*, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma *entidade abstrata*, devendo-se na verdade ligar a à pessoa do titular, isto é, ao empresário” (REQUIÃO, 1998, p. 59).³⁸

E também Barbero, citado por Waldírio Bulgarelli (1985):

Pode parecer curioso que o código fale de empresa, mas, não a defina, e, ao invés, defina o “empresário”. Isso, entretanto, é significativo: não é uma extravagância, mas um produto espontâneo da natureza das coisas. E denota precisamente que a empresa “não existe”, mas “se exerce”, não é “um ser” nem sujeito nem objeto, mas “um fato”; quem é, o que existe, são “o empresário” como sujeito, e o “estabelecimento” como objeto. O exercício que o “empresário” faz do estabelecimento constitui exatamente a “empresa” (BARBERO apud BULGARELLI, 1985, p. 143).³⁹

O exercício da atividade de empresa tem como sujeito as sociedades empresárias destinadas a esse fim. A construção do conceito de sociedade

³⁸ REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998.

³⁹ BARBERO apud BULGARELLI. Op. cit.

empresária está apoiada na própria atividade empresarial e no conceito de pessoa jurídica.⁴⁰

Sobre a distinção de sociedade simples e empresarial, anota Fábio Ulhoa Coelho (2003):

A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros – inexistente pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios -, este é um critério insuficiente para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrativo, tais como as sociedades de advogados, as rurais sem registro na Junta etc. O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto (COELHO, 2003, p. 109).⁴¹

Ou seja, o que distingue a sociedade simples da sociedade empresária é o *exercício* do objeto social com profissionalismo e de forma organizada para a circulação de bens e serviços.

As pessoas jurídicas, por seu turno, podem ser divididas em dois grandes grupos: as pessoas jurídicas de direito público interno, compreendendo a União, Estados, municípios e autarquias e as de direito privado, compreendendo todas as demais.

A diferença primordial entre as pessoas jurídicas desses dois grupos é a atividade empresarial que exercem. Não obstante, em razão da supremacia dos

⁴⁰ COELHO. Op. cit.

⁴¹ COELHO. Op. cit.

interesses públicos, as pessoas jurídicas de direito público interno gozam de uma posição jurídica diferenciada.

Já as pessoas jurídicas de direito privado se relacionam pautadas pelo princípio da isonomia, inexistindo valoração diferenciada dos interesses defendidos por elas.

Entre as pessoas jurídicas de direito privado, porém, há de se fazer uma divisão necessária ao conceito de sociedade empresária. Isto porque os recursos utilizados para a constituição da empresa podem ser provenientes do poder público. São as denominadas empresas estatais que compreendem os seguintes tipos de empresa: a sociedade de economia mista, na qual particulares detêm participação acionária, e a empresa pública, constituída privativamente com recursos públicos.

III. III. Personalidade jurídica

A personalização é uma técnica jurídica utilizada para atingir determinados objetivos práticos, qual sejam a autonomia patrimonial e a limitação ou supressão de responsabilidades individuais⁴².

A personalização das sociedades empresariais permite que a pessoa jurídica constituída por uma sociedade não se confunda com as pessoas que a compõem. E mais: a personalização outorga à sociedade, como pessoa jurídica, titularidade negocial, titularidade processual e responsabilidade patrimonial.

⁴² COMPARATO, F. K. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

Titularidade negocial significa que a pessoa jurídica exerce, em seu próprio nome e não no nome dos seus sócios, todos os seus negócios. Titularidade processual significa que a pessoa jurídica comparece em juízo, ela própria, com capacidade processual para demandar e ser demandada. Titularidade patrimonial significa que a pessoa jurídica tem patrimônio próprio, inconfundível com o dos sócios, e responde com seu patrimônio por suas obrigações.

Pontualmente, a personificação pode ser tornada ineficaz para determinados atos. É o que a doutrina denominou “desconsideração da personalidade jurídica”, *Disregard of legal Entity*, adotada pelo Código Civil em seu art. 50⁴³. Afinal, como assevera Rubens Requião (1998, p. 351): “a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito”.⁴⁴

Afora possam ser tornados ineficazes em relação a determinado ato, os efeitos da personalização subsistem até a dissolução da sociedade, o que pode ocorrer de forma regular extrajudicialmente ou judicialmente ou de forma irregular. Sendo certo que as diferentes formas pelas quais a personalidade jurídica se dissolve, elas acarretam diferentes efeitos no âmbito da responsabilidade patrimonial dos sócios.

⁴³ 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.

⁴⁴ REQUIÃO. Op. cit.

III. IV. Tipos de sociedades empresárias no ordenamento pátrio

São seis os tipos societários existentes no direito empresarial: a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade em comandita por ações, a sociedade em conta de participação – esta despersonalizada, art. 993⁴⁵ do CC –, a sociedade limitada e a sociedade anônima ou companhia.

Essas sociedades podem ser classificadas de diversas maneiras. São três as formas de classificação mais conhecidas: quanto ao regime de constituição e dissolução, quanto à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais e quanto às condições para alienação da participação societária.

Quanto ao regime de constituição, as sociedades empresárias podem ser classificadas como contratuais ou como institucionais.

As sociedades contratuais são aquelas cujo ato constitutivo e regulamentar é o contrato social. A constituição e dissolução destas sociedades são regidas pelo Código Civil de 2002. São sociedades contratuais a sociedade em nome coletivo, a em comandita simples e a sociedade limitada.

Já as sociedades institucionais têm como ato regulamentar o estatuto social e são regidas pelas normas específicas da Lei n.º 6.404/76. São institucionais: a sociedade em comandita por ações e a sociedade anônima ou companhia.

⁴⁵ Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Segundo o critério que considera a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, as sociedades podem ser divididas em ilimitadas, mistas ou limitadas.

Na sociedade ilimitada, os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações assumidas pela sociedade. É dessa categoria a sociedade em nome coletivo.

Na sociedade mista, parte dos sócios tem responsabilidade ilimitada, e a outra parte tem responsabilidade limitada. É o caso da sociedade em comandita simples e em comandita por ações.

Os sócios das sociedades limitadas e sociedades anônimas, salvo disposição expressa de lei em contrário, respondem de forma limitada pelas obrigações sociais.

A terceira forma de classificação, quanto às condições para alienação da participação societária, contempla duas categorias: as sociedades de pessoas e as sociedades de capital. Conforme discorre Fábio Ulhoa Coelho (2003):

É claro que não existe sociedade composta exclusivamente por “pessoas” ou exclusivamente por “capital”. Toda sociedade surge da conjunção desses dois elementos, ambos imprescindíveis. O que faz uma sociedade ser “de pessoas” ou “de capital” é, na verdade, o direito de o sócio impedir o ingresso de terceiro não-sócio no quadro associativo existente nas de perfil personalístico e ausente nas de perfil capitalístico (COELHO, 2003, p. 122).⁴⁶

⁴⁶ COELHO. Op. cit.

As sociedades institucionais são sempre “de capital”; já as contratuais podem ser “de capital” ou “de pessoas”. Na sociedade limitada, a menos que seu contrato social disponha de forma diferente, os sócios podem obstar a entrada na sociedade de terceiros a ela estranhos – art. 1057 do CC⁴⁷.

Nas sociedades em nome coletivo e em comandita simples, a cessão de cotas depende da anuência dos demais sócios – art. 1003 do CC⁴⁸. São, portanto, sociedades “de pessoas”, embora, em caso de falecimento dos sócios, o contrato social possa facultar a entrada automática de estranho na sociedade⁴⁹, de forma que, nesse aspecto específico, são sociedades “de capital”.

⁴⁷ Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

⁴⁸ Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

⁴⁹ COELHO. Op. cit.

CAPÍTULO IV – PENHORA

Importa, neste momento, trazer ao estudo o conceito de penhora, e, para esse trabalho, utilizaremos, como ponto de partida, o conceito trazido por Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2008):

A penhora é um mecanismo processual que afeta um bem à futura expropriação em execução por quantia. Não se confunde com os direitos reais de garantia, que independem de processo e têm requisitos muito diferentes. Ela é constituída por determinação judicial, ao passo que os direitos reais de garantia dependem da vontade das partes. Somente na penhora há a entrega do bem a um depositário, que se incumbirá de preservá-lo até que a expropriação se efetive (GONÇALVES, 2008, p. 149).⁵⁰

Afirmam ainda Araken de Assis (2007), Vicente Greco Filho (2008) e Humberto Theodoro Júnior (2008), respectivamente: “a penhora é ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo” (ASSIS, 2007, p. 529)⁵¹; “a penhora é 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” (GRECO FILHO, 2008, p. 82)⁵²; e:

A penhora se manifesta como o primeiro ato executivo com que o Estado, na execução por quantia certa, agride o patrimônio do devedor inadimplente, para iniciar o processo de expropriação

⁵⁰ GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵¹ ASSIS, A. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵² GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**. 19 ed. v. 3 (Processo de execução e procedimentos especiais). São Paulo: Saraiva, 2008.

judicial necessário à realização coativa do direito do credor (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 296).⁵³

E, ainda, Luiz Carlos de Azevedo (1994):

Assim, constitui a penhora o ato pelo qual determinados bens pertencentes àquele que responde por débito inadimplido, independentemente de sua vontade, ficam sujeitos ao juízo da execução, com vistas à satisfação do crédito correspondente. [...] É o primeiro ato-meio de coação, tendo início, a partir dele, a seqüência de medidas tendentes à expropriação definitiva do bem ou dos bens do devedor. Ato emanado de ordem judicial reflete o poder de coerção de que se investiu o Estado para tornar atuante a sanção, de tal modo que o devedor não terá como evitar esta intromissão no âmbito jurídico de seu patrimônio (AZEVEDO, 1994, p. 119).⁵⁴

Já Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo (2007) conceituam a penhora como ato executivo por meio do qual se afeta judicialmente parcela do patrimônio do executado, se individualiza o bem que será expropriado ao final e pelo qual se inicia a execução forçada.⁵⁵

Temos por base, portanto, que a penhora é um instrumento coercitivo do Estado em prol do exercício da responsabilidade patrimonial que vincula os bens do devedor à garantia do direito do credor, por meio de “atos de afetação”, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior (2008):

Diz-se, outrossim, que a penhora é um ato de *afetação* porque sua imediata conseqüência, de ordem prática e jurídica, é sujeitar os

⁵³ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁵⁴ AZEVEDO, L. C. **Da penhora**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

⁵⁵ REDONDO, B. G.; LOJO, M. V. S. **Penhora**: exposição sistemática do procedimento, de acordo com as Leis 11.232/05 e 11.382/06, bens passíveis de penhora, impenhorabilidade absoluta, relativa e o bem de residência. São Paulo: Método, 2007.

bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para, “à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução”, que é a função pública de “dar satisfação ao credor” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 294).⁵⁶

O termo afetação é afeito ao ramo administrativo do direito em que guarda com significado de “conferir uma destinação pública a um determinado bem, caracterizando-o como bem de uso comum do povo ou bem de uso especial, por meio de lei ou ato administrativo” (BITTENCOURT, 2006, p. 263).⁵⁷

Discorrendo sobre a “afetação” do patrimônio no âmbito do direito comercial, Oscar Barreto Filho (1988) conclui:

A afetação não implica disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas sua vinculação a uma finalidade específica. Enquanto afetados a um fim, os bens são considerados como patrimônio separado, no quadro dos bens que compõem o patrimônio geral do indivíduo (BARRETO FILHO, 1988, p. 58).⁵⁸

Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo (2007) explicam que o termo “afetação”, em sua definição, foi empregado por melhor traduzir a idéia de “imposição de ônus a um determinado bem”:

A preferência pelo termo afetação (em vez de outros, como apreensão ou subtração) deve-se ao fato de melhor traduzir a idéia de “imposição de ônus a um determinado bem”, para que seja

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁵⁷ BITTENCOURT, M. V. C. **Manual de Direito Administrativo**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁵⁸ BARRETO FILHO. Op. cit.

valorizado o *vinculo de caráter público processual* dela decorrente (REDONDO; LOJO, 2007, p. 37).⁵⁹

A natureza jurídica da penhora encontra basicamente três correntes básicas: aquela que advoga pela natureza cautelar do instituto, a que defende a natureza dúplice – cautelar-executiva – da penhora e aqueles – evidenciar-se-á que os autores citados até o momento se filiam à última corrente – que defendem a natureza jurídica da penhora como ato executivo, como explica novamente Humberto Theodoro Júnior (2008):

A primeira tese, a nosso ver, deve ser desde logo descartada, pois não é a penhora medida que se tome como eventual instrumento de mera segurança ou cautela de interesse em litígio, como especificamente ocorre com as providências cautelares típicas, *ad instar* do seqüestro, do arresto e similares.

Lembra Micheli que longe da eventualidade e da acessoriedade que caracterizam as medidas cautelares, a penhora “constitui um momento necessário do processo executivo (de expropriação)”.

Nem se pode pretender que seja a penhora ato de natureza mista, participando ao mesmo tempo da natureza executiva e cautelar, pois, sendo a prevenção mero efeito secundário do ato, o que importa para definir sua natureza ou essência é o seu objetivo último, que, sem dúvida, é o de iniciar o processo expropriatório.

Daí por que o entendimento dominante na melhor e mais atualizada doutrina é o de que a penhora é simplesmente um *ato executivo* (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 (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 294-5).⁶⁰

A divergência, a nosso ver, reside menos na natureza da penhora do que no conceito de ato executivo.

⁵⁹ REDONDO; LOJO. Op. cit.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

Parece-nos que aqueles que defendem a natureza jurídica de ato executivo do instituto da penhora a entendem como um dos atos do complexo de atos que se denominam executivos e visam, por final, ao adimplemento do crédito exequendo pela expropriação dos bens do devedor.

Pela sistemática vigente no Código de Processo Civil, o instituto da penhora se implementa com temporalidade posterior ao início do complexo de atos que se denomina processo executivo, ou seja, está compreendido dentro desse complexo de atos, sendo que nos parece mais correto, portanto, asseverar que a penhora realmente possui natureza jurídica de ato executivo.

O ato de penhorar, em verdade, compreende a prática de diversas ações que envolvem o juízo, o exequente, o executado e, ainda, um depositário. Por isso, pode-se dizer que se trata de ato “complexo”.

Cada uma dessas ações é minuciosamente descrita na Lei, de forma que além de ato “complexo”, toda penhora é um ato “solene”, ou seja, possui rito legalmente descrito para que se aperfeiçoe.

Apenas com a lavratura do auto de penhora – Art. 659, §4º e seguintes do CPC⁶¹ – contendo as informações exigidas em lei – art. 655 do CPC⁶² – e posterior

⁶¹ Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. § 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. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. § 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário. § 6º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos.

⁶² Art. 665. O auto de penhora conterá: I - a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita; II - os nomes do credor e do devedor; III - a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos; IV - a nomeação do depositário dos bens.

apreensão e depósito dos bens – art. 664 do CPC⁶³ – é que ela se considera perfeita e acabada.

Ao se aperfeiçoar, pela prática dos atos processuais legalmente previstos, a penhora terá elegido a fatia do patrimônio do devedor que será sacrificada para pagamento da dívida exequenda, individualizado o bem sobre qual recairão as constringências típicas da penhora, ou seja, afetará o bem ou os bens, sujeitando-o(s) à finalidade da execução, qual seja a satisfação do credor.

De acordo com a nova sistemática adotada pelo Código Processual Civil pelo advento da Lei n.º 11.382 de 6 de dezembro de 2006, é o credor quem tem o privilégio de indicar os bens do patrimônio conhecido do devedor que deseja ver penhorado, art. 652, §2º do CPC⁶⁴ e 475-J, §3º⁶⁵. A exceção se dará no âmbito da execução fiscal, em que o executado poderá, assim que citado, indicar os bens que prefere ter penhorados, desde que obedecida a ordem legal – Art. 9º, III da LEF⁶⁶.

Portanto, a ordem legal do art. 655 endereça-se ao exequente e não ao executado, podendo o executado impugnar o pedido de penhora se não atender à ordem legal, art. 656, I do CPC⁶⁷, como explica Humberto Theodoro Júnior (2008):

⁶³ Art. 664. Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia. Parágrafo único. Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.

⁶⁴ Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).

⁶⁵ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

⁶⁶ Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. § 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

⁶⁷ Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: I - se não obedecer à ordem legal.

É claro, outrossim, que o credor não dispõe de um poder absoluto para definir o objeto da penhora. Tem a iniciativa, as ao devedor cabe o direito de impugnar a nomeação se não obedecer à gradação legal (art. 655) ou se não respeitar a forma menos gravosa para o executado (art. 620) (ID. IBIDEM, 2008, p. 317).⁶⁸

Mesmo assim, existe posicionamento doutrinário que descarta a importância dessa inovação legal, como o de Cássio Scarpinella Bueno (2008):

Pouco importa quem indique bens à penhora, quem os penhore; é importante que a gradação feita pelo legislador seja observada. Há razões para que a ordem seja aquela que ocupa os onze incisos do dispositivo, mas sua explicação mostra-se desinteressante juridicamente. O que importa é que o legislador fez uma avaliação sobre quais bens podem ser penhorados antes de outros, buscando conciliar os interesses e os direitos contrapostos do exeqüente e do executado, e a ordem dela decorrente deve ser observada pelo intérprete e pelo aplicador do direito. Na normalidade dos casos, portanto, a ordem do art. 655 deve ser observada. O executado tem o direito de ser executado em observância ao que consta do dispositivo. É este o devido processo legal, tal qual eleito pelo legislador mais recente (BUENO, 2008, p. 229).⁶⁹

“Desinteressante juridicamente” é a melhor forma que se pode imaginar para dizer o óbvio, qual seja que a ordem legal instituída pelo legislador não possui nenhum sentido lógico.

Grande parte da doutrina e da jurisprudência, em consonância com o pensamento do autor citado, ressalta a expressão “preferencialmente” constante no texto legal, o que significa dizer que a ordem legal ali instituída não é absoluta, mas relativa, como se pode depreender das afirmações de Humberto Theodoro Júnior (2008) e Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2008), respectivamente: “o texto renovado

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁶⁹ BUENO. Op. cit.

do art. 655 afina-se com a jurisprudência ao estatuir que “a penhora observará, *preferencialmente*”, a gradação da lei (e não obrigatória ou necessariamente)” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 318)⁷⁰;

O STJ já teve oportunidade de proclamar expressamente que o preceito sobre gradação dos bens sujeitos à penhora é “norma que há de ser interpretada em consonância com o princípio geral que se acha consagrado no art. 620 do CPC” (STJ, RMS nº 28-SP, 2ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 25.6.90) (IDEM, [s.d.], [s.p.])⁷¹;

e “tem sido decidido, com razão, que a ordem não é absoluta, havendo situações que justifiquem uma inversão” (GONÇALVES, 2008, p. 147).⁷²

O mesmo pensamento jurisprudencial e doutrinário acerca da rigidez da ordem legal de preferência de bens se aplica ao processo executivo fiscal, em que, como já citado, por força do art. 2º §2º da LICC⁷³, a nova ordem de preferência de bens não se implementou.

O rito solene da penhora exige que o produto da afetação seja entregue à guarda de depositário, sendo esta a condição para que a penhora se aperfeiçoe – art. 644 do CPC.

Humberto Theodoro Júnior (2008) destaca que a penhora se aperfeiçoa com o depósito:

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, H. **A impossibilidade da penhora do capital de giro** (artigo no jus).

⁷² GONÇALVES. Op. cit.

⁷³ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

A penhora se aperfeiçoa mediante apreensão e depósito de bens do devedor (art. 664). Há, com ela, a retirada dos bens da posse direta do devedor, de maneira que o depósito se apresenta como elemento essencial do ato executivo. Penhora sem depósito não produz eficácia alguma, ou, como ensina Pontes de Miranda, “se houve a penhora e o depositário não assinou o auto de penhora, penhora não houve”. A regra de incidência obrigatória nas constrições de bens corpóreos não se aplica, porém, aos casos de penhora sobre bens incorpóreos, como o direito de crédito, e naqueles em que o depósito é imposto pela lei, sem depender de consentimento expreso do dono, como se dá em relação aos imóveis (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 344).⁷⁴

O depositário judicial tem natureza processual e pública, de auxiliar da justiça, cabendo a ele a guarda e conservação dos bens penhorados – art. 148 do CPC⁷⁵. Ele exerce a posse dos bens a ele confiados em nome do órgão judiciário e pratica todos os seus atos em nome e a ordem do juízo⁷⁶.

No entanto, quando se trata da penhora de percentual de faturamento, um plano que enuncia a “forma de construção” é condição ao aperfeiçoamento da penhora⁷⁷, motivo pelo qual o art. 655-A, §3ª do CPC é uma verdadeira exceção à regra descrita no art. 644 do mesmo código.

A função de depositário é indelegável e personalíssima. Mesmo que ele possa ter empregados ou prepostos que o auxiliem, a responsabilidade – art. 150 do

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁷⁵ Art. 148. A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁷⁷ HÁBEAS CORPUS – EXECUÇÃO – PENHORA DE FATURAMENTO – PLANO DE PAGAMENTO – DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR – INADIMPLÊNCIA NA APRESENTAÇÃO – PRISÃO – ILEGALIDADE – ORDEM CONCEDIDA – A denominada “penhora sobre faturamento” de empresa somente torna-se eficaz após apresentação do plano de pagamento, pelo depositário-administrador. Antes de tal plano é impossível estabelecer o valor a ser gravado com penhora (CPC, arts. 677 e 678). A omissão do depositário-administrador em apresentar o plano justifica destituição sumária - Jamais sua prisão. (STJ – RHC 200702368396 – (22166) – RS – 3ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 28.11.2007 – p. 00213)

CPC⁷⁸ – sempre recairá sobre a pessoa do depositário, nunca de seus auxiliares ou prepostos⁷⁹. Acerca da responsabilidade do depositário discorre sinteticamente Humberto Theodoro Júnior (2008):

No exercício da função pública que lhe é afeta, o depositário assume responsabilidade civil e criminal pelos atos praticados em detrimento da execução e de seus objetivos.

Apropriando-se o depositário dos bens sob sua custódia, pratica o crime de apropriação indébita, com o agravante do §1º do art. 168 do vigente Código Penal.

Os atos fraudulentos cometidos pelo devedor para evitar a penhora ou desviar bens já penhorados configuram o crime do art. 179 do Código Penal, que é figura afim do estelionato.

Da responsabilidade civil do depositário decorre a possibilidade de ser ele demandado em ação de depósito, de prestação de contas e de indenização (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 347).⁸⁰

O depositário deverá constar no auto de penhora, sendo, ainda, que, de acordo com a nova sistemática, o depositário, de preferência, será um daqueles citados ao art. 666 do CPC⁸¹. Com a palavra, novamente Humberto Theodoro Júnior (2008):

Com a reforma operada pela Lei n.º 11.382/2006, não há mais a preferência genérica em favor do executado (isto é, do dono dos

⁷⁸ 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.

⁷⁹ GRECO FILHO. Op. cit.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁸¹ Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: I - no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito; II - em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos; III - em mãos de depositário particular, os demais bens. § 1º Com a expressa anuência do exeqüente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado. § 2º As jóias, pedras e objetos preciosos deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate. § 3º A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito.

bens penhorados). O encargo de depositário somente por exceção ser-lhe-á atribuído. A regra geral é o deslocamento do bem penhorado para a guarda de outrem (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 344).⁸²

Porém, parece-nos que, nesse tocante, a razão não assiste ao autor. Parece-nos mais verdadeiro que a escolha do depositário que realizará mais satisfatoriamente o princípio da utilidade como preconizado no art. 620 do CPC é a do próprio devedor como depositário. Neste sentido, enuncia Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2008):

Por este motivo, nos alinharemos a corrente que advoga a tese de que a nova regra deverá ser interpretada de acordo com os princípios orientadores do processo executivo. E de acordo com a conjunção destes princípios o executado só não deverá ser nomeado depositário se manifestar interesse em não exercer a função-encargo, ou se, o exercício da função pelo executado for colocar em risco o sucesso da execução de forma manifesta e justificada. O devedor, em princípio, deve ser o depositário. Em regra, ele já tem o bem consigo, e a sua nomeação cumprirá a regra de que a execução deve ser feita da forma menos onerosa para ele, quando houver mais de uma forma de executar.

Isso não ocorrerá quando houver recusa do próprio devedor, que prefere eximir-se das responsabilidades do encargo. Ou quando o credor, na forma do art. 666, §1º, não anuir, expondo motivos suficientes que justifiquem a retirada da coisa da esfera de poder do executado, atribuindo-se a outro o encargo. Nesse caso, o juiz pode atribuí-lo ao próprio credor ou a terceiros.

Já foi decidido: “A não-concordância do credor há de estar calcada em motivos plausíveis, para ser acolhida. Não é absoluta e discricionária a recusa” (JTA, 61:133) (GONÇALVES, 2008, p. 159).⁸³

⁸² THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

⁸³ GONÇALVES. Op. cit.

Se o bem afetado for bem imóvel, a regra será a do art. 659, §5º do CPC⁸⁴, que acreditamos ser mais coerente com o estado de coisas ideal buscado pelo legislador.

Nessa condição, quando o encargo de depositário recair sobre o próprio sujeito passivo da execução, este figurará a um só tempo como executado e auxiliar do juízo, como afirma Araken de Assis (2007):

Em consequência, há uma relação jurídica autônoma, disciplinando um dos elementos da penhora, tornada flagrante quando o executado assume o encargo. Ele passa a desempenhar, simultaneamente, os inconfundíveis papéis de sujeito da relação processual executiva e de depositário dos bens sujeitos à técnica expropriatória. Mais que um vínculo exclusivo do processo, o depósito configura negócio jurídico entre o Estado e o depositário, sendo que o último obtém, em seguida à apreensão da *res pignorat*, posse imediata da coisa (ASSIS, 2007, p. 623).⁸⁵

Não só o executado, mas qualquer um, pode recusar o encargo de depositário de forma expressa, mesmo contra determinação do juízo, conforme enuncia a súmula 319 do STJ (Superior Tribunal de Justiça): “O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”.

⁸⁴ Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. 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. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. § 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário.

⁸⁵ ASSIS. Op. cit.

Por fim, a Lei n.º 11.382/2006 encerrou antiga controvérsia acerca da possibilidade de o juízo exarar mandado de prisão nos próprios autos da execução, em face do depositário infiel, pela redação do art. 666, §3º do CPC⁸⁶.

No entanto, devem sempre ser assegurados a ampla defesa e o contraditório:

Sem embargo de permitido o decreto incidental da prisão civil do depositário judicial que não restitui os bens sob custódia, não cabe ao juiz fazê-lo sem antes ensejar-lhe o direito de defesa e esclarecimento sobre o desaparecimento dos objetos penhorados. A garantia do contraditório e ampla defesa não lhe pode ser negada, sob pena de grave ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. Até mesmo a possibilidade de depositar o preço do bem penhorado deve ser admitida como defesa capaz de evitar a prisão, na espécie (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 348).⁸⁷

A penhora deve guardar finalidade específica, em fiel consonância com os princípios orientadores constitucionais e em prol da defesa do direito de toda a coletividade, como instrumento que é da realização da justiça, como bem acentua Luiz Carlos de Azevedo (1994):

Estas considerações aqui se colocaram para reforçar a tônica da função judicial, e o interesse público que dela transcende; interesse que não diz respeito à relação jurídica posta entre o credor e devedor, mas que ao Estado cabe atender, por força da prestação jurisdicional que lhe é afeta; na efetividade dos comandos judiciais, antes que um aumento de inquisitorialidade daqueles que assim determinam, e antes que qualquer cerceamento ao direito das partes, há de se colocar em realce o fim que ela visa, bem como o significado que isto representa, no sentido de tornar o processo um

⁸⁶ Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: § 3º A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

instrumento confiável e eficaz de realização de justiça (AZEVEDO, 1994, p. 126).⁸⁸

A penhora, portanto, pode ser conceituada como ato processual executivo, complexo e solene, por meio do qual se afeta judicialmente parcela do patrimônio do executado, colocando esse patrimônio sob a guarda de um depositário, com finalidade específica de iniciar o processo de expropriação dos bens do devedor em favor do credor, em estreita concordância com os princípios de direito coletivo constitucionais.

⁸⁸ AZEVEDO. Op. cit.

CAPITULO V – FATURAMENTO

Neste momento, se faz necessário o entendimento do conteúdo jurídico do termo “faturamento” para que seja possível compreender todo seu espectro jurídico e real alcance.

O termo “faturamento” é derivado do ato de emitir fatura, que é uma ação clássica do direito comercial quando da ocorrência de vendas a prazo, como elucida Fabio Ulhoa Coelho (2003):

Presentemente, com uma identidade própria, encontra-se o título disciplinado pela Lei n. 5474, de 1968. Por esse diploma, nas vendas mercantis a prazo, entre partes domiciliadas no Brasil, é obrigatória a emissão, pelo vendedor, de uma fatura para apresentação ao comprador. Por fatura entende-se a relação de mercadorias vendidas, discriminadas por sua natureza, quantidade e valor (COELHO, 2003, p. 282).⁸⁹

O ato faturar originariamente objetivava o controle do comerciante e do cliente sobre as vendas feitas a prazo. Concomitantemente com a emissão da fatura ao cliente, os comerciantes costumavam anotar os mesmos dados em caderno próprio, por vezes coletando a assinatura dos fregueses como forma de controle. É nesse ato que se encontra a origem remota do título de crédito puramente brasileiro, a duplicata mercantil.

⁸⁹ COELHO. Op. cit.

E é por força do art. 1º da Lei de Duplicatas⁹⁰ – Lei n.º 5474/1968 – que o comerciante é obrigado a emitir fatura para todas as vendas efetuadas a prazo, mas não para as vendas à vista. Originariamente, portanto, o termo “faturamento” poderia estar tão somente relacionado às vendas a prazo.

Fabio Ulhoa Coelho (2003) afirma que, no ano de 1970, um convênio firmado entre o Ministério da Fazenda e as Secretarias Estaduais da Fazenda permitiu que comerciantes realizassem a emissão de um único documento no ato da venda, a Nota Fiscal-Fatura. Por conjugar a fatura, que deveria ser emitida apenas nas vendas a prazo, e a nota fiscal, que deveria ser emitida para todas as operações, o comerciante adepto dessa modalidade devia emitir a nota fiscal-fatura para todas as operações, fossem elas à vista ou a prazo⁹¹. O faturamento passou, então, a contemplar o total de vendas de mercadorias.

A origem do termo “faturamento” está muito ligada às tradições comerciais e se deve ao antigo pensamento do direito comercial ligado aos atos de comércio. Como já explicamos, a teoria dos atos de comércio, aos poucos, caiu em desuso frente à teoria da empresa, motivo pelo qual o conceito de faturamento também teve de modernizar-se para incluir não apenas os comerciantes, mas também outros atores da economia nacional que exploram empresarialmente o objetivo social, como os prestadores de serviço.

⁹⁰ 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.

⁹¹ COELHO. Op. cit.

Em 1998, a Medida Provisória n.º 1.724 de 29 de outubro de 1998, que depois resultou no texto da Lei n.º 9.718/98⁹², tentou alargar o conceito de faturamento, que integrava o texto da Lei Complementar n.º 70 de 30 de dezembro de 1991⁹³ – responsável pela criação da contribuição social denominada Cofins –, em tentativa de driblar a então vigente redação do art. 195, I da CF/88⁹⁴, ampliando-o com a finalidade de majorar a base de cálculo da contribuição social em questão.

A tentativa, resumidamente, era alterar a base de cálculo da contribuição social sem alterar a Constituição – o que, ao final, aconteceu por meio da EC n.º 20 de 1998⁹⁵ –, alterando o significado do vocábulo “faturamento” a fim de equipará-lo ao significado e conteúdo jurídico de receita bruta.

O risco de o legislador tentar ampliar a competência tributária constitucionalmente atribuída aos entes políticos por meio do desvirtuamento – e redefinição por meio de lei – de conceitos postos havia há muito sido previsto, de forma que os artigos 109 e 110 do CTN⁹⁶ já asseguravam a impossibilidade desse desvirtuamento, em louvor da segurança jurídica.

⁹² 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.

⁹³ 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.

⁹⁴ 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. (g.n.)

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. Art.

O art. 110 do CTN é uma expressão positivada na legislação tributária do princípio da segurança jurídica e da supremacia da Constituição. Isto porque “pudesse a lei ordinária alterar os conceitos utilizados nas normas da Constituição, poderia o legislador ordinário, por essa via, alterar a Constituição, modificando o sentido e o alcance de qualquer de suas normas”⁹⁷.

Assim, deve-se compreender que, em virtude do princípio da segurança jurídica e da supremacia da Constituição, nenhuma lei deve ter o poder de alterar a definição, o conteúdo e o alcance de nenhum instituto, conceito ou forma de direito, para nenhuma finalidade, em nenhuma circunstância, em nenhum ramo do direito.

A interpretação do conteúdo e alcance dos termos da Constituição é primazia do jurista intérprete, como assevera Hugo de Brito Machado (2008) acerca do art. 110 do CTN:

Inalterabilidade que evidentemente não está restrita à matéria tributária. Nenhum conceito utilizado em norma da Constituição pode ser alterado pelo legislador ordinário para, por via oblíqua, alterar a norma de superior hierarquia (MACHADO, 2008, p. 211).⁹⁸

Além do mais, o mecanismo que pretendemos estudar, a penhora incidente sob “percentual do faturamento”, em muito se parece com um tributo, na medida em que incidirá, sobre uma base de cálculo (faturamento), uma alíquota (porcentagem), exatamente como se dá na incidência dos tributos monofásicos.

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.

⁹⁷ MACHADO, H. B. **Comentários ao Código tributário nacional**. v. 2. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁹⁸ MACHADO. Op. cit.

Isso torna não apenas salutar, mas imprescindível, que o estudioso do direito civil e processual civil não ignore a existência dos conceitos assentados na prática comercial e afirmados pela jurisprudência do STF (Superior Tribunal Federal).

O STF celebrou o conceito de faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços que constava do art. 22, §1º, a, do Decreto-Lei n.º 2.397, de 21 de dezembro de 1987⁹⁹, repetido e consolidado pela Lei Complementar n.º 70 de 30 de dezembro de 1991.

Conforme o voto vencedor do ministro Cezar Peluso, no Ag. Reg., no RE 518.681-4/SP, que explica o entendimento final da Corte nos casos acerca da base de cálculo para cobrança de PIS/COFINS, que girava em torno do conceito constitucional de faturamento:

Uma das teses do acórdão recorrido está em aberta divergência com a orientação da Corte, cujo Plenário, em data recente, consolidou, com nosso voto vencedor declarado, o entendimento de inconstitucionalidade apenas do §1º do Art. 3º da Lei n.º 9.718/98, que ampliou o conceito de *receita bruta*, violando assim a noção de *faturamento* pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e **cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.**

⁹⁹ Art. 22. O § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, cujo caput foi alterado pelo art. 1º da Lei nº 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a vigorar com a seguinte redação, mantidos os seus §§ 2º e 3º e acrescido dos §§ 4º e 5º: "§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá mensalmente sobre: a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;

Logrou-se êxito em determinar o quê integra a base de cálculo de incidência do imposto – ao estudo presente analogicamente a base de cálculo da penhora –, sem, no entanto, esmiuçar exatamente o que é faturamento e como a incidência se dá.

A técnica tributária consiste basicamente em colher da realidade um fato lícito, e, à realização desse fato pelo sujeito passivo, impor uma conseqüência jurídica, qual seja recolher aos cofres públicos um determinado montante pecuniário.

Faturamento como o ato de emitir fatura comercial, no âmbito do direito tributário, é fato jurídico imponível que, colhido pela hipótese legal de incidência, dá ensejo à obrigação do sujeito passivo de recolher ao sujeito ativo o tributo devido por lei.

Ocorre que esse fazer – e não um dar ou receber – não possui conteúdo patrimonial e material apto a suportar a incidência do tributo, imprestável que se demonstra pela impossibilidade de determinação da base de cálculo de um simples fazer.

Para que se materialize a incidência do tributo sobre o ato de faturar é necessário que a ele se atrele o conceito qualitativo das “operações” das quais decorre o ato de faturar:

Com acréscimo deste predicado, também as vendas realizadas a dinheiro enquadram-se no conceito moderno pretendido para faturamento, enquanto conteúdo valorativo de operações que traduzem negócios jurídicos decorrentes de fornecimento de

mercadorias ou de serviços quer o pagamento seja efetuado à vista, ou ajustado para determinado prazo (MINATEL, 2005, p. 97).¹⁰⁰

Essas operações são a soma das receitas oriundas do exercício da atividade empresarial. Excluídas do conceito de faturamento, estão outras receitas que não as oriundas diretamente do fazer prestar objeto social da empresa. Assevera, com razão, José Antonio Minatel (2005):

Com efeito, é uníssono o entendimento no sentido de que os valores recebidos pelas pessoas jurídicas a título de juros, de *royalties*, de dividendos, se qualificam inegavelmente como *receitas*, por representarem efetiva remuneração de direitos (investimentos) temporariamente transferidos para uso em benefício de terceiros mediante imputação de cláusula onerosa, direitos que, no entanto, continuam a integrar o patrimônio da pessoa mutuante ou cedente, como acontece com a titularidade do capital mutuado produtor dos juros, da titularidade de marcas, de patentes e de outros direitos inerentes a processos de conhecimento (*know-how*) remunerados por *royalties*, assim como a titularidade do investimento em participação societária com eficácia para proporcionar dividendos. Contudo, ainda que certa a presença da *receita* nesses eventos, parece óbvio não se poder falar na existência de *faturamento* nesses negócios jurídicos especificados, pois, como vimos, é ínsita ao *faturamento* a existência de operações caracterizadas pela transmissão definitiva da propriedade (venda e compra) ou de operações remuneradoras de atividade que envolve um fazer ou um prestar (serviços) (ID. IBIDEM, p. 98).¹⁰¹

Assim, resumidamente, pode-se dizer que faturamento é a operação caracterizada pela transmissão definitiva da propriedade ou de operação remuneradora de atividade que envolve um fazer ou prestar que consiste no exercício do objeto social da empresa. Na linguagem do CPC, é sobre o volume

¹⁰⁰ MINATEL, J. A. Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação. São Paulo: MP, 2005.

¹⁰¹ MINATEL. Op. cit.

dessas operações mensais que incidirá determinada porcentagem, ou seja, é esta a base de cálculo sobre a qual incidirá uma alíquota.

CAPÍTULO VI - PENHORA DE PERCENTUAL DO FATURAMENTO DE EMPRESA

A idéia de a penhora incidir sobre o rendimento não é nova e originalmente não se destinava a conferir efetividade à execução quando esgotados os meios executórios, mas sim para permitir proporcionalidade à execução, como exemplifica Ovídio Araújo Baptista da Silva (2002):

Imagine-se que o patrimônio do devedor seja constituído apenas por um imóvel, não tendo alcançado o crédito objeto da ação de execução mais do que cinco por cento (5%) de seu valor. Para tal hipótese concebe a lei que, em vez da alienação do imóvel em praça, adjudique o credor apenas os seus rendimentos, à semelhança se uma locação forçada, de modo que seus o credor vá paulatinamente percebendo esses rendimentos, até que a dívida seja integralmente resgatada. A esta modalidade de pagamento do credor denomina o Código “usufruto de imóvel ou de empresa”. O instituto era conhecido do direito brasileiro anterior sob a denominação de “adjudicação dos rendimentos”, disciplinado pelo art. 982 do Código de 1939, que prescrevia o seguinte: “Se o executado concordar, o exequente poderá requerer, ao invés da arrematação dos bens penhorados, que se lhe adjudiquem os respectivos rendimentos”. À “adjudicação dos rendimentos” mandava o §2º desse art. 982 aplicar as normas atinentes à anticrese, considerando o credor adjudicatário um anticresista. Código atual preferiu assimilar o instituto a um usufruto, deixando expresso que esta modalidade de extinção da obrigação, objeto da ação executória, alcança tanto os imóveis quanto as empresas, sejam elas comerciais, industriais ou agrícolas, conforme dispõe o art. 726 (SILVA, 2002, p. 111).¹⁰²

No mesmo sentido, porém revelando origem ainda mais remota, anota Araken de Assis (2002):

¹⁰² SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. v. 2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Entre nós, o instituto procede da adjudicação compulsória contemplada no § 24 da Lei de 20.06.1774. De acordo com esta regra, valendo os bens penhorados o dobro do crédito, ou mais, o juiz adjudicaria os rendimentos dos mesmos ao exequente até a cabal solução da dívida. Como adjudicação de rendimentos ele se apresentou no art. 982 do Código de 1939, cabendo assinalar que, nos termos do seu §2º, o credor adjudicatário passava a credora anticresista (ASSIS, 2002, p. 388-9).¹⁰³

Importante destacar que o instituto descrito é o da penhora de usufruto, que eventualmente podia recair sobre a empresa, conforme descrevia o art. 716 do CPC¹⁰⁴ antes da modificação empregada pela Lei n.º 11.382/2006, que suprimiu a possibilidade de usufruto de empresa do mesmo art. 716¹⁰⁵ e revogou os artigos de 726 a 729 do CPC, que pormenorizavam a forma de administração deste tipo de usufruto.

Como a mesma lei incluiu a penhora sobre percentual de faturamento de empresa na ordem de preferência do art. 655, VII e no §3º do art. 655-A do CPC, é plausível afirmar que o legislador substituiu aquela possibilidade por essa última.

Aliás, ambos os institutos não se confundiriam, embora, como se verá adiante, a jurisprudência tenha considerado que a penhora sobre percentual do faturamento da empresa prescindia do preenchimento dos mesmos requisitos legais exigidos para o usufruto de empresa. Neste sentido, afirma Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo (2007):

¹⁰³ ASSIS. Op. cit.

¹⁰⁴ Antiga redação - 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.

¹⁰⁵ Art. 716. O juiz pode conceder ao exequente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito.

O novo inciso VII do art. 655 não era previsto na redação anterior do CPC. Trata-se, portanto, de positivação legislativa de procedimento, que já vinha sendo aplicado na prática pelos Tribunais: a possibilidade de penhora de *percentual do faturamento de empresa*, que não se confunde, em absoluto, com o extinto “usufruto de empresa” (arts. 726 a 729, revogados pela Lei 11.382/2006) (REDONDO; LOJO, 2007, p. 69-70).¹⁰⁶

Não se pode também confundir a modalidade de penhora sobre percentual de faturamento com a penhora sobre estabelecimento comercial ou empresarial – art. 677¹⁰⁷ e 678 do CPC¹⁰⁸. Isto porque o termo “empresa” é empregado pelo Código de Processo Civil com diversos significados, como discorre Oscar Barreto Filho (1988):

O rigor conceitual e terminológico da dogmática jurídica não encontra eco na legislação comercial, nem na trabalhista e de previdência social. Não há coerência no emprego das expressões *empresa* e *estabelecimento*, dando azo a toda sorte de confusões. Os dois institutos são as vezes identificados, outras vezes tratados com desigual extensão, de maneira indiscriminada e contraditória (BARRETO FILHO, 1988, p. 126).¹⁰⁹

O significado correto em cada preposição só pode ser compreendido com a ajuda da já explicada teoria da empresa. Como enuncia Waldírio Bulgarelli (1985):

¹⁰⁶ REDONDO; LOJO. Op. cit.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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. Parágrafo único. 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 arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público, que houver outorgado a concessão.

¹⁰⁹ BARRETO FILHO. Op. cit.

Foi aqui afirmado várias vezes que a empresa permaneceu sendo utilizada no plano jurídico, principalmente pelas leis não com um significado preciso e único, mas com vários e , certamente por isso, não tão precisos. Essa situação a doutrina procurou superar, através do ajustamento dos dados econômicos ao Direito, chegando a construir novos institutos, ou, se se preferir, novas categorias jurídicas. Assim se explica a elaboração dos conceitos de empresário, de estabelecimento comercial (azienda) e atividade (BULGARELLI, 1985, p. 16).¹¹⁰

O Código Civil de 2002, no art. 966, considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” O empresário— denota-se pelo vocábulo “quem” — é uma pessoa de direito, que *exerce a atividade* empresarial. Conforme assevera Rubens Requião (1998):

Dessa explicação surge a nítida idéia de que a empresa é essa *organização* dos fatores da produção *exercida*, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Daí por que o conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o *exercício de atividade produtiva*. E do *exercício* de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata (REQUIÃO, 1998, p. 59).¹¹¹

Não se pode penhorar uma idéia abstrata. E, em decorrência da teoria da responsabilidade patrimonial, por óbvio que o empresário não pode ser penhorado, já que é uma pessoa de direito. Sujeito à penhora estará sim o patrimônio da empresa, categoria na qual está inserido o estabelecimento comercial.

O estabelecimento comercial é uma universalidade de bens e direitos:

¹¹⁰ BULGARELLI. Op. cit.

¹¹¹ REQUIÃO. Op. cit.

Recordamos apenas a conclusão a que chegamos, nas pegadas de *Sylvio Marcondes*, de que o traço distintivo essencial entre as duas reside em que a *universitas júris* é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), ao passo que a *universitas facti* é um conjunto de objetos de direito. À luz deste critério, definido o estabelecimento comercial como complexo de bens instrumentais, devemos colocá-lo entre as *universitas facti* (BARRETO FILHO, 1988, p. 107).¹¹²

Essa universalidade de bens e direitos corpóreos e incorpóreos, denominada estabelecimento comercial, é conceituada de forma mais genérica pela doutrina como o “complexo de bens reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica” (COELHO, 2003, p. 57)¹¹³ e pelo art. 1142 do CC: “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Diante da singeleza do conceito legal, é salutar trazer à luz o conceito trazido por Oscar Barreto Filho (1988):

Retomando a elaboração do conceito de estabelecimento, à vista dos novos dados obtidos com a definição de sua natureza jurídica e com sua colocação na teoria da empresa, podemos determinar com precisão maior seus elementos conceituais. Como vimos, não se confunde o estabelecimento – *objeto* de direitos – com a empresa – *atividade* exercida pelo empresário, que é o seu *sujeito*; ambos conceitos, porém, estão em estreita dependência e se correlacionam como o meio ao fim. Por outro lado, a noção de estabelecimento é a de um complexo de bens no sentido amplo, aí compreendidas não só as coisas corpóreas e os chamados bens imateriais, mas também as prestações decorrentes do trabalho subordinado, ou seja, os *serviços*. Esse conjunto de bens e serviços tem caráter *instrumental*, pois é organizado pelo empreendedor tendo em vista a consecução de uma finalidade produtiva ou de mediação, qual seja o exercício da atividade empresarial. Em síntese, com base nesses elementos,

¹¹² BARRETO FILHO. Op. cit.

¹¹³ COELHO. Op. cit.

podemos fixar-nos na seguinte definição de estabelecimento, fundo ou fazenda comercial: *complexo de bens “lato sensu” (inclusive serviços) organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial* (BARRETO FILHO, 1988, p. 132).
¹¹⁴

Portanto, quando o CPC menciona penhora de empresa, em verdade, o que se pode daí inferir, à luz da moderna teoria da empresa, é que o objeto da penhora é o estabelecimento comercial e não o empresário ou sua prática empresarial¹¹⁵.

Anota-se, ainda, que as cotas sociais ou as ações da sociedade podem ser colhidas do patrimônio dos sócios, ou seja, podem ser penhoradas – respeitadas todas as particularidades desse tipo de penhora –, o que também não significa dizer que, nesse caso, ocorre a penhora da empresa ou do empresário, mas tão somente das cotas ou ações da sociedade.

A penhora de estabelecimento empresarial pressupõe, assim, a apreensão da universalidade de bens e direitos corpóreos e incorpóreos para que dela o administrador extraia o conteúdo monetário apto a satisfazer a execução. Nunca é demais dizer que se trata de simples penhora do estabelecimento comercial sujeita aos ditames dos artigos 677 e 678 do CPC aos artigos 1142 e seguintes do CC, quando aplicáveis.

Percebe-se que a penhora de estabelecimento – objeto de direito com conteúdo patrimonial – não se confunde com a penhora sobre percentual do faturamento, ato típico da atividade empresarial. Na primeira, penhora-se o

¹¹⁴ BARRETO FILHO. Op. cit.

¹¹⁵ Em sentido contrário: ASSIS (2007, p. 652-4).

estabelecimento comercial para que o administrador manuseie aquela universalidade para dela extrair o *quantum* necessário ao pagamento da dívida; no segundo tipo de penhora, o alvo da penhora é um percentual do volume de operações caracterizadas pela transmissão definitiva de propriedades ou de operações remuneradoras de atividades que envolvem um fazer ou prestar objeto social da empresa.

A idéia original é a mesma constante da antiga “adjudicação compulsória da renda” de 1774. Afinal, espera-se de um bem imóvel que dele se possa extrair renda por meio de aluguel, assim como é de se esperar de alguns bens móveis que deles também se possa extrair renda, por meio do aluguel ou do emprego da própria coisa em alguma determinada atividade. Da mesma forma, há a expectativa de que o empresário, ao cumprir com seu objeto social há algum tempo, obtenha receitas em volume suficiente para satisfazer o credor.

VI. I. Faturamento como Direito da empresa

A jurisprudência oscilou entre equiparar a penhora de faturamento da empresa a dinheiro¹¹⁶ ou a direito¹¹⁷, tendo ainda considerado que equivale a um bem penhorável¹¹⁸ e até que significaria a penhora da própria empresa¹¹⁹.

¹¹⁶ Neste sentido:

JLEF.11 JLEF.11.1 – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA FATURAMENTO – LEILÃO NEGATIVO – DILIGÊNCIAS ENCETADAS PARA LOCALIZAR BENS RESTARAM INFRUTÍFERAS – POSSIBILIDADE – I- A penhora sobre o faturamento da empresa constitui meio excepcional, agasalhado pelo § 1º do artigo 11 da Lei 6830/80, possível somente quando não forem encontrados outros bens do devedor, suficientes à garantia do crédito fiscal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta corte. II- Muito embora alegue ser incabível a penhora sobre seu faturamento, a recorrente não indicou

Como já asseveramos, o próprio empresário é a pessoa de direito, sujeito passivo da execução, sendo impróprio admitir que a penhora sobre percentual de faturamento equivale à penhora da própria empresa. Aliás, a penhora sobre faturamento, como já explicamos, não equivale também à penhora do estabelecimento comercial.

Resta esclarecer se o faturamento, de acordo com os conceitos já trazidos, equivale à penhora sobre dinheiro, sobre direitos ou se não deve ser equiparado a nenhum dos dois.

bem passível de constrição (liquidez de mercado), que servisse a uma eventual análise de substituição de penhora, tendo em vista da aparente dificuldade de arrematação dos bens oferecidos. III- Não indicando outros bens passíveis de penhora, é plenamente justificável a substituição dos bens penhorados pela receita aferida pela empresa, ante a inexistência de licitantes interessados em hasta pública pelos bens ofertados pela executada. III- A penhora a ordem de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento não inviabiliza o prosseguimento das atividades da empresa executada, observando-se que tal percentual deve ser aplicado pro rata, ou seja, a penhora sobre o faturamento efetuada na totalidade das execuções ajuizadas contra a agravante não deve ultrapassar 10%. IV- Agravo de instrumento improvido. (TRF 3ª R. – AG 2007.03.00.034247-0 – (297099) – 4ª T. – Relª Desª Fed. Alda Basto – DJU 30.04.2008 – p. 499)

220715 – PROCESSUAL CIVIL – PENHORA EM DINHEIRO – MOVIMENTO MENSAL DA EMPRESA EXECUTADA – OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS – MATÉRIA PROBATÓRIA – LEI 6.830/80, ART. 11, § 1º – CPC, ARTS. 678, § ÚNICO, 719, 720 E 728 DO CPC – 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 parcialmente provido, para determinar o cumprimento das formalidades exigidas pelo Código de Processo Civil. (STJ – RESP 147725/RS – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 20.03.2000 – p. 62) JCPC.678 JCPC.678.PUN JCPC.719 JCPC.720 JCPC.728

¹¹⁷ Neste sentido:

HABEAS CORPUS – DEPOSITÁRIO INFIEL – PENHORA DE FATURAMENTO DE EMPRESA – A penhora sobre faturamento de estabelecimento comercial constitui crédito futuro e incerto, inexistindo bem material que demande a figura do depositário com a responsabilidade da respectiva guarda formal e material. No momento da nomeação do depositário, não havia depósito materializado que devesse ser protegido pelo Paciente, conforme inteligência da OJ 143 da SDI-II, do C. TST. Ordem concedida. (TRT 2ª R. – HC 12829-2007-000-02-00-9 – SDI – Rel. Juiz Sergio Winnik – DOE/SP15.05.2008)

¹¹⁸ Neste sentido:

JCPC.620 – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – POSSIBILIDADE – 1. A regra da menor onerosidade (art. 620, do CPC) não visa inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor. 2. Faturamento é bem penhorável. 3. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso parcialmente provido. (TRF 3ª R. – AG 2007.03.00.036577-8 – (298410) – 4ª T. – Relª Juíza Conv. Fed. Mônica Nobre – DJU 30.04.2008 – p. 483)

¹¹⁹ Neste sentido:

222938 – 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. (STJ – REsp 258.613/SP – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 18.09.2000 – p. 108)

222939 – 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. (STJ – REsp 234.619/SP – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 21.02.2000 – p. 92)

Colares Mantovanni Cavalcante (2005), em seu artigo intitulado “A penhora de parcela do faturamento de empresa e suas restrições”, assevera que “o faturamento é direito da empresa, embora se exprima em moeda (ID. IBIDEM, p. 307).¹²⁰

Já afirmamos que faturamento é a operação remuneradora de atividade que envolve um fazer ou prestar que consiste no exercício do objeto social da empresa. É correto afirmar que, realizada essa operação, o empresário pode se tornar titular dos direitos advindos da realização da operação. Isto porque o faturamento presume a existência de uma relação contratual, conforme afirma José Antonio Minatel (2005):

Como noção de conjunto ou com o sentido de uma única operação, *faturamento* têm como nota determinante a existência de contrato, escrito ou verbal, que assegure direito ao recebimento da contraprestação (preço) materializada pela entrega da mercadoria ou pela efetiva prestação de serviços (MINATEL, 2005, [s.p.]).¹²¹

Antes da realização de tais operações, o empresário não é, de fato, titular de nenhum direito que pode exercitar. O faturamento, portanto, é capaz de gerar direitos ao empresário, mas não é um direito do empresário.

Diz-se que o faturamento é capaz de gerar direitos ao empresário na medida em que é o ato tipicamente empresarial que expressa a realização de uma obrigação contratualmente assumida, obrigação esta que, realizada, satisfará uma condição contratual, ensejando a titularidade do direito de receber a contra-

¹²⁰ CAVALCANTE, C. M. A penhora de parcela do faturamento de empresa e suas restrições. In: LOPES, J. B.; CUNHA, L. J. C. (orgs.). **Execução civil**. Aspectos polêmicos. São Paulo: Dialética, 2005.

¹²¹ MINATEL. Op. cit.

prestação contratualmente avençada, geralmente o pagamento do preço. Isto porque uma das atividades do empresário é contrair, com seus clientes, contratos pelos quais se obriga a entregar determinada coisa ou prestar determinado serviço, objeto de seu objetivo social.

Ocorre que, na realidade empresarial, a dinâmica da realização desses contratos é revestida pela informalidade e protegida pelo sigilo profissional. Por meio do ato do faturamento, revela-se toda a dinâmica das operações remuneradoras das atividades que envolvem um fazer ou prestar concernentes ao exercício do objeto social da empresa.

O fato de o empresário contrair contratos não significa que será capaz de cumpri-los, motivo pelo qual o faturamento é futuro e incerto.¹²²

O faturamento é ato da atividade empresarial que “espelha” a aquisição pelo empresário de bens ou direitos. De fato, o volume de operações mensais de faturamento do empresário “se expressa” em dinheiro, mas com ele não se confunde. Na ocorrência de vendas ou prestações de serviço com pagamento a prazo, isso se torna ainda mais visível. Após faturar a venda ou o serviço, o

¹²² Neste Sentido:

116370705 JLEF.15 JLEF.15.I – PROCESSUAL CIVIL – SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA – 1. Em execução fiscal, conforme dispõe o art. 15, I, da Lei Nº 6.830, de 1980, a penhora de bens móveis, imóveis e outros direitos, pode ser substituída por depósito em dinheiro ou fiança bancária a qualquer tempo. 2. Penhora em faturamento da empresa não pode ser considerada como sendo igual a depósito em dinheiro. O faturamento além de ser incerto, exige para ser penhorado, procedimento específico. 3. Correto a decisão que indefere pedido da penhora de 42.120 botijões de glp ser substituído por penhora de 2% do faturamento da executada. 4. Inexistência de omissão, obscuridade e/ou contradição no acórdão. 5. Recurso Especial improvido. (STJ – RESP 200701160873 – (954157) – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 12.12.2007 – p. 00407)

37030434 – DEPOSITÁRIO INFIEL – DESCARACTERIZAÇÃO – Hipótese em que se considera inexistente o depósito, tendo em vista que a penhora deu-se sobre valor incerto (faturamento futuro da empresa executada), o que pressupõe o bom andamento do negócio, fato este cuja responsabilidade não pode ser atribuída exclusivamente à ora paciente. Ademais, entende-se que a excepcionalidade da medida deve ser cada vez mais repelida pelo princípio da vedação à prisão por dívida, tendo em vista o objetivo maior de garantir um dos direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo, qual seja, a liberdade de ir e vir, consagrado constitucionalmente. Assim, impõe-se a concessão da ordem definitiva de habeas corpus. (TRT 17ª R. – HC 00341.2004.000.17.00.4 – Rel. Juiz José Carlos Rizk – J. 09.12.2004)

empresário passa a ser titular de um direito que apenas será exigível após o decurso de certo tempo. Esse direito é que, via de regra, significa a entrega ao empresário de certa quantia em dinheiro.

Faturamento, portanto, não é direito ou dinheiro, mas sim fator indiciário que de que o empresário se tornou titular de um direito, que pode até instantaneamente materializar-se em dinheiro.

Dentro do conceito de volume mensal de operações, já descrito, a lei determina que um certo percentual do montante mensal contratado seja, após a prática da operação de faturamento pelo empresário, imediatamente reservado e imputado ao pagamento do crédito exequendo.

Nota-se que não se trata de penhora futura. A penhora apenas incide com temporalidade “posterior” à prática do empresário das operações de faturamento que são objeto social da empresa, de modo que sobre o volume total de direitos oriundos desses atos, em um mês – conforme determina o art. 655-A, §3º – é que incidirá percentual a ser penhorado.

Cabe ao administrador elaborar plano que indica de que forma e a que tempo se dará a constrição, se comprometendo ainda a prestar contas mensalmente e a recolher as quantias à conta judicial para que sejam efetivamente penhoradas.

VI. II. Penhora sobre faturamento de empresa e a ordem legal de bens à penhora

Com a nova redação do art. 655 no Código Civil, a penhora sobre percentual de faturamento de empresa foi incluída em sétimo lugar. A doutrina aponta esta mudança como homenagem à excepcionalidade da medida, conforme asseveram Humberto Theodoro Júnior (2008) e Anderson Furlan (2008), respectivamente:

A penhora de percentual do faturamento figura em sétimo lugar na ordem de preferência do art. 655, de sorte que, havendo bens livres e de menor gradação, não será o caso de recorrer à constrição da receita da empresa, que, sem maiores cautelas, pode comprometer o seu capital de giro e inviabilizar a continuidade de sua normal atividade econômica (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 329).¹²³

A posição tópica da constrição, elencada no inciso VII do art. 655 do CPC, depois, portanto, dos bens móveis e imóveis, explica-se em favor da parte exequente e não em interesse da parte executada. É que o faturamento, posto que futuro, constitui mera expectativa. Pode vir a não existir. Sendo a ordem estabelecida em benefício da parte exequente, faculta-se à mesma indicar, na petição inicial o faturamento em preferência aos outros bens (FURLAN, 2008, p. 29).¹²⁴

No entanto, em se tratando de execução fiscal, a modificação no Código de Processo Civil não surte efeito, visto que a LEF é Lei mais específica e continua a regular a matéria inalterada.

Assim, como ausente na ordem legal estabelecida pelo art. 11 da Lei 6.980/80¹²⁵, a posição da ordem legal da penhora sobre faturamento de empresa, no âmbito da execução fiscal, continua conflituosa.

¹²³ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

¹²⁴ FURLAN, A. A nova execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.º 152, p. 21-39, mai. 2008.

¹²⁵ Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes; e VIII - direitos e ações. § 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção. § 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I

A doutrina e a jurisprudência que consideram esse tipo de penhora equivalente a dinheiro sustentam que a constrição viria em primeiro lugar na ordem legal.

Já a corrente que sustenta a equivalência a direito considera que a posição do instituto da penhora de faturamento na ordem legal deve ser equivalente à posição da penhora sobre direito, ou seja, oitavo e último lugar.

Há também a norma do art. 11, §8^o¹²⁶ da Lei n.º 10.552/02, que institui que, em caso de descumprimento do parcelamento de débitos tributários, o Refis – que tenha sido garantido pelo faturamento da empresa –, essa modalidade de penhora encontra-se em primeiro lugar.

O art. 11, §8 da Lei 10.552/02 é ainda mais específico que a LEF e se aplica às empresas não apenas sujeitas à Lei de execução fiscal, mas também àquelas empresas que se sujeitaram à regulação mais específica do plano de parcelamento fiscal Refis. Por ser norma mais específica, prevalece sua aplicação em detrimento do art. 655 do CPC e ao Art. 11 da LEF.

Afirmamos anteriormente que o faturamento não é dinheiro nem direito, mas sim expressa a aquisição de um direito pelo empresário, e que a penhora se implementa posteriormente ao ato do faturamento, incidindo sobre o volume de direitos adquiridos pelo empresário por meio da realização de sua atividade empresarial.

do artigo 9º. § 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

¹²⁶ 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. § 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.

Por afetar diretamente os direitos que o empresário adquire graças ao faturamento, é que o lugar, na ordem de preferência legal da penhora sobre faturamento de empresa no âmbito da execução fiscal, deve ser o mesmo da penhora sobre direitos e ações.

Ocorre que a ordem legal de penhora de bens, no âmbito da execução, deve ser analisada por outro prisma, qual seja o dos princípios constitucionais vigentes. É verdadeira a observação citada de Anderson Furlan quando discorre que a colocação desse tipo de penhora no fim da ordem legal se faz em benefício do credor, afinal o faturamento é futuro e incerto, depende da capacidade do empresário de realizá-lo.

Em consonância, a jurisprudência predominante do STJ considera a penhora de faturamento medida de caráter excepcional, prevalecendo, assim, o princípio da preservação da empresa.

Neste sentido, se a empresa deseja preservar-se e impedir que seja leiloadada, por exemplo, um maquinário vital para sua atividade empresarial, é de seu direito subverter a ordem legal e requerer que seja penhorado percentual de seu faturamento.

VI. III. Sujeição passiva possível

A correta compreensão da teoria da empresa é essencial principalmente porque a Lei utilizou os vocábulos “faturamento” e “empresa” e não pode tê-los

empregado de forma despretensiosa, mas sim no aspecto técnico-jurídico, em que cada um deles assume um significado próprio e inconfundível.

Resta saber quem está sujeito a essa modalidade de penhora, uma vez que é necessário que existam “operações caracterizadas pela transmissão definitiva de propriedades ou de operações remuneradoras de atividades que envolvem um fazer ou prestar objeto social da empresa” (MINATEL, 2005, p. 97)¹²⁷, ou seja, que o sujeito passivo alvo da penhora tenha faturamento.

Em princípio, pelo conceito consolidado do STF, é essencial, para a existência de faturamento, que exista a atividade empresarial, ou seja, que o sujeito passivo seja empresário. Isso não significa dizer que é necessária a existência de uma pessoa jurídica; basta o exercício de forma profissional de atividade organizada de forma empresarial.

Inequivocamente, o prestador de serviços é sujeito de direito capaz de faturamento em concordância não apenas com a teoria da empresa, mas também por força do art. 20¹²⁸ da Lei n.º 5.474/68. Equiparado aos prestadores de serviço, também são capazes de faturar os profissionais liberais, conforme disposição do art. 22¹²⁹ da mesma lei. O incorporador imobiliário, ainda que pessoa física equiparada à pessoa jurídica¹³⁰, também pode ser alvo da penhora sobre faturamento, desde que exercite sua atividade com profissionalismo e de forma empresarial. O produtor rural

¹²⁷ MINATEL. Op. cit.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ Art. 22. Equiparam-se às entidades constantes do art. 20, para os efeitos da presente Lei, ressalvado o disposto no Capítulo VI, os profissionais liberais e os que prestam serviço de natureza eventual desde que o valor do serviço ultrapasse a NCr\$100,00 (cem cruzeiros novos).

¹³⁰ De acordo com o art. 151 do Decreto 3.000/99 – RIR/99.

também se qualificará para a sujeição passiva da penhora de percentual de faturamento se sua atividade se revestir das características da empresarialidade.

Já aqueles que exercem profissão intelectual não estão sujeitos à penhora de faturamento, salvo se sua atividade for revestida por elemento de empresa. Também as cooperativas nunca serão empresárias por força do art. 982, parágrafo único¹³¹, CC.

VI. IV. Pluralidade de penhoras sobre o faturamento

Entre os princípios que orientam a penhora sobre percentual de faturamento de empresa, o mais relevante é o princípio da preservação da empresa. Trata-se de um princípio orientador na medida em que, na aplicação da Lei, os pontos omissos devem ser resolvidos de forma prática com a finalidade de satisfazer o credor, porém, sem perder de vista o propósito de preservar a existência do empresário e da atividade empresarial.

Talvez uma das maiores questões sobre o tema da penhora de percentual de faturamento de empresa seja exatamente sobre o *quantum*, ou seja, qual o percentual pode ser penhorado? Isto porque, visando à satisfação do credor, a regra é que todo o patrimônio do devedor esteja à disposição do processo executório, salvo o que a Lei determina impenhorável. Neste sentido, todo o faturamento mensal

¹³¹ Art. 982, Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

estaria à disposição do exeqüente. Porém, a penhora de todo o faturamento impossibilitaria a manutenção da empresa.

Opera, portanto, o princípio da preservação da empresa para que o depositário-administrador busque conhecer qual o limite máximo sobre o qual pode ser fixado o percentual do faturamento que será penhorado. Conforme afirmam Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo (2007):

Em outras palavras, a penhora não poderá incidir sobre aquela parcela das quantias depositadas que se demonstre *essencial* à manutenção da atividade empresarial e dos negócios do executado. Por outro lado, deverá ser liberado da penhora apenas o mínimo indispensável à sobrevivência do empreendimento. Afinal, a continuidade da atividade empresarial do executado revela-se, inclusive, como uma forma de aumentar a possibilidade de recebimento do crédito por parte do exeqüente, já que um executado falido dificilmente terá condições de saldar todos os seus débitos (REDONDO; LOJO, 2007, p. 178).¹³²

Em caso de segunda penhora sobre percentual de faturamento de empresa, o princípio da preservação orienta que seja nomeado o mesmo depositário-administrador e o mesmo montante da primeira penhora. Ou seja, sendo o faturamento finito e sendo que, logo na primeira penhora, esta deve abarcar todo o percentual o quanto possível do faturamento para não comprometer a existência da empresa, a segunda penhora deve recair sobre o mesmo percentual da primeira— o

¹³² REDONDO; LOJO. Op. cit.

mesmo montante finito –, tendo esta última a preferência de acordo com os ditames do art. 612¹³³ e 613¹³⁴ do CPC.

Essa lógica impede que o faturamento da empresa seja constricto em 100% por diversas penhoras diferentes e também garante que o percentual penhorado logo na primeira penhora seja o mais alto o possível. Assim, a preferência sobre o percentual máximo do faturamento passível de penhora sem que esta inviabilize a continuidade da empresa é daquele que primeiramente penhorar o faturamento, conforme Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo (IBIDEM):

Nesse sentido, tanto na execução singular cível quanto na trabalhista, o primeiro exeqüente que obtiver a penhora de um bem assume sua ordem na preferência, independentemente do critério de registro ou inscrição da penhora, no caso de bens sujeitos o registro (v.g., imóveis e veículos) [...] Em suma, não obstante se tratem ou não de bens que prescindam de registro ou de inscrição da penhora, a preferência será daquele que primeiro a tiver obtido (ID. IBIDEM, p. 52).¹³⁵

Em caso de pluralidade, o juiz pode, inclusive, manter o administrador e continuar a penhora de modo que, uma vez tendo satisfeito o primeiro credor, a constrição passe a servir ao segundo, conforme o art. 711 do CPC¹³⁶.

¹³³ Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

¹³⁴ Art. 613. Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência.

¹³⁵ REDONDO; LOJO. Op. cit.

¹³⁶ 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.

VI. V. Depositário-administrador

Para efetivação da penhora sobre percentual de faturamento de empresa, é imprescindível a nomeação de depositário¹³⁷, sendo que a jurisprudência pacífica do STJ exige a nomeação de administrador como requisito à efetivação de penhora válida sobre percentual do faturamento.

O artigo 655-A, §3º do CPC, menciona a nomeação de depositário.

Acreditamos, todavia, que a utilização desse vocábulo foi infeliz, já que depositário é aquele que recebe um bem, para mantê-lo e conservá-lo sob sua guarda até que o depositante o requirite de volta.

Assim, depositário é aquele que recebe a coisa para conservá-la até que o depositante a reclame. O depositário pode ser voluntário ou nomeado pelo juízo. Nesse último caso, o depositário assume a função de serventuário da justiça em prol do interesse público processual e serve diretamente sob as ordens do juízo que o nomeou.

Na penhora sobre percentual de faturamento de empresa, não é um depositário que o juiz nomeia. Nada é lhe dado para guardar ou conservar, uma vez que o faturamento nada mais é do que a realização de direito condicional ou a termo

¹³⁷ JCPC.655 JCPC.655.VII JCPC.655A JCPC.655A.3 – MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA – APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 655, INCISO VII E 655-A, § 3º DO CPC, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.382, DE 06.12.2006 – É ilegal a constrição judicial realizada sobre o faturamento da empresa, sem nomeação de depositário com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente. (TRT 4ª R. – MS 00085-2008-000-04-00-0 – Rel. Ricardo Tavares Gehling – J. 09.05.2008)

da empresa, mas que ainda não pode ser exercido. Não estamos, portanto, diante da figura de um mero depositário, mas sim de administrador, conforme afirma Humberto Theodoro Júnior (2008):

Ordinariamente, objetivo do depósito é a guarda e conservação dos bens penhorados, evitando extravio ou deterioração. Casos ocorrem, contudo, em que a natureza dos bens apreendidos exige a continuidade da sua exploração econômica. O depositário, então, se transforma também em administrador. É o que ocorre quando a penhora atinge empresas comerciais, industriais ou agrícolas, bem como semoventes, plantações ou edifício em construção (art. 677 do CPC).

A função do depositário, em tais casos, é ativa, pois consiste em “manter em atividade e produção o estabelecimento penhorado”.

Trata-se de realizar uma *gestão* e não uma simples guarda.

A gestão desse depositário segue um plano previamente preparado pelo administrador e aprovado pelo juiz da execução (CPC, art. 677).

As rendas auferidas são objeto de prestação de contas periódicas e reverterem em benefício da execução (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 347).¹³⁸

Conforme explica Teori Albino Zavascki, nos votos que proferiu nos seguintes autos de Habeas Corpus, n.º 102.173 – SP (2008/0057751-8) e também nos autos de n.º 20.075 – SP (2006/0184432-9), respectivamente:

HABEAS CORPUS Nº 102.173 - SP (2008/0057751-8)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

IMPETRANTE : HUMBERTO LENCIONI GULLO JUNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE : HUMBERTO ANTONIO NADOLSKY

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Sra. Ministra Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro Relator para divergir. Neste caso, apesar de haver “depositário judicial”, a penhora é sobre faturamento, o que significa dizer que não há propriamente depósito. É uma penhora atípica. É diferente. É comum se fazer confusão entre penhora de depósito em dinheiro, em conta corrente, e penhora de faturamento. Penhora de faturamento é penhora sobre ingressos futuros. Assim sendo, o encargo de reter futuros ingressos de

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

recursos não é o mesmo que encargo de fiel depositário, pois no momento em que há a designação não existe depósito algum. Concedo a ordem de habeas corpus. É o voto. (g.n.)

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.075 - SP (2006/0184432-9)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE : RAIMUNDO NONATO DA CUNHA FILHO

ADVOGADO : JOSÉ CLÁUDIO DA CRUZ E OUTRO

RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Srs. Ministros, peço vênia ao Sr. Ministro Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Luiz Fux, seguindo o precedente de que, para que haja prisão por infidelidade de depósito, é preciso que tenha havido depósito efetivo. No caso, a nomeação de depositário foi pro forma, porque o faturamento ainda não existia; o dever que ele descumpriu seria, portanto, o dever de fazer a retenção do faturamento, não o de restituir algo que já estivesse depositado.

Dou provimento ao recurso de habeas corpus.

E, no mesmo sentido, a ementa de Habeas Corpus de relatoria de Denise

Arruda:

HABEAS CORPUS Nº 87.140 - RJ (2007/0166640-8) RELATORA :
MINISTRA DENISE ARRUDA IMPETRANTE : SÂNZIO BAIONETA
NOGUEIRA E OUTROS IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO PACIENTE : MARIA DO ROSÁRIO
DIAS SBAMPATO

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS . EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. DESCUMPRIMENTO. DEPOSITÁRIO INFIEL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. CONCEITO QUE NÃO PODE SER AMPLIADO POR TÉCNICAS QUE AUMENTEM O ALCANCE DA TIPIFICAÇÃO PREVISTA NA LEI.

1. Não obstante a prisão tenha sido decretada pelo juízo da execução, o Tribunal de origem, em sede de agravo de instrumento, reconheceu sua legitimidade. Destarte, havendo ameaça à liberdade individual, não se mostra plausível exigir-se a interposição de qualquer outro recurso (no caso, especial ou extraordinário) e suprimir o direito à impetração de habeas corpus, em virtude da celeridade e urgência no procedimento. Além disso, a Corte de origem deixou de conhecer do habeas corpus apresentado após o julgamento do agravo de instrumento, por força do "trânsito em julgado da decisão relativa ao agravo". Assim, mostra-se caracterizada a competência desta Corte para apreciar a presente impetração.

2. Nos termos do art. 5º, LXVII, da CF/88, "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e

inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Segundo o art. 652 do CC/2002 e o art. 902, § 1º, do CPC, a restrição à liberdade não pode exceder um ano e serve como "construção psicológica para o adimplemento da obrigação de entregar a coisa" (FIUZA, Cesar. "Direito civil: curso completo", 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pág. 564). Assim, em princípio, a prisão do depositário infiel é autorizada pelo ordenamento jurídico.

3. Por outro lado, há precedentes desta Corte no sentido de admitir a prisão do responsável pelo depósito mensal de valor decorrente de penhora sobre o faturamento da empresa. Nesse sentido: RHC 17.244/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18.4.2005; RHC 21.039/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 4.6.2007.

4. Contudo, tratando-se de restrição à liberdade individual, é necessário o perfeito enquadramento da situação fática ao conceito previsto na norma. É depositário aquele que recebe um bem para guardar até que o depositante o reclame (depósito voluntário), ou é nomeado responsável para a guarda de bens que foram objeto de penhora (depósito judicial), devendo as contas serem prestadas na forma do art. 919 do CPC. Não é depositário aquele que, responsável pelo depósito de percentual incidente sobre a renda da empresa, descumpra a obrigação, pois são distintos os casos de penhora sobre o próprio bem e de penhora realizada sobre os eventuais frutos que o bem possa gerar. Nessa situação — penhora sobre a renda —, a construção incide, diretamente, sobre os frutos e não sobre o bem principal. Desse modo, apenas no primeiro caso, frise-se, fica caracterizada a situação de depositário. Malgrado a prisão civil não tenha natureza punitiva, é inviável a sua decretação por meio de técnicas que ampliem a tipificação prevista na lei. Nesse sentido: RHC 19.246/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.5.2006; RHC 20.075/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13.11.2006.

5. Ordem de habeas corpus concedida.

Daí se depreende que o depositário-administrador da penhora sobre faturamento não se reveste da condição de jurídica de depositário, pois nada recebe em depósito. A figura do suposto depositário tem apenas o condão de administrar a forma de construção do faturamento da empresa e nada recebe em depósito que não seja o *quantum* constrito.

Esse fato gerará efeitos decisivos na possibilidade de prisão civil do administrador da penhora sobre faturamento. Neste sentido, a jurisprudência aponta a impossibilidade de prisão do administrador em caso de o faturamento não se realizar:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.075 - SP (2006/0184432-9)
RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : RAIMUNDO NONATO DA CUNHA FILHO
ADVOGADO : JOSÉ CLÁUDIO DA CRUZ E OUTRO
RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA QUE, SEM NADA TER RECEBIDO EM DEPÓSITO, ASSUMIU O COMPROMISSO DE EFETUAR MENSALMENTE O RECOLHIMENTO DE PARTE DO FATURAMENTO DA EMPRESA. NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO. ILEGITIMIDADE DA PRISÃO CIVIL.

1. A prisão civil constitui meio executivo de caráter excepcional, recaindo somente em relação a *"responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel"* (art. 5.º, LXVII, da CF/1988).

2. O depositário cuja empresa revela estado de inatividade e conseqüentemente não apresenta faturamento se incide em inadimplência no desembolso mensal do *quantum* (30%) fixado para a penhora, não comete o ilícito da infidelidade do depósito o que deslegitima a ordem de prisão.

3. É que *"não há depositário sem que tenha havido a regular constituição de um depósito, legal ou consensual. E não se pode considerar como depositário infiel quem, nada tendo recebido em depósito, simplesmente deixou de cumprir a obrigação que assumira de recolher em juízo parte do futuro faturamento da pessoa jurídica, para fins de penhora"*. (RHC 19.246/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 29.05.2006)

4. Deveras, *"a penhora sobre o faturamento deve observar as formalidades dos arts. 677 e 678, parágrafo único, do Código de Processo Civil, de sorte a assegurar que a medida não acarrete solução de continuidade nos serviços desenvolvidos pela empresa executada"*.

5. Ademais, *"a elaboração de um plano de administração constitui verdadeiro pressuposto legal da penhora sobre o faturamento, de modo que somente depois de aprovado dito plano pelo juiz é que tem lugar a implementação da medida constritiva"*. (HC 49.469/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ 04.10.2006).

6. *Habeas corpus* concedido. (destaques do original) (g.n.)

Ou seja, a prisão civil se dá pela impossibilidade de restituição da coisa¹³⁹, o que exige acreditar, caso adotemos o conceito de administrador e não de depositário, que a apenas haverá a possibilidade de prisão civil se o depositário receber o montante referente ao percentual fixado no plano e furtar-se de repassar esse montante ao juízo da execução.

A nomeação do depositário, nesse caso, administrador, é condição para que a penhora se repute perfeita e acabada. Na prática, três opções estarão à disposição do juízo: nomear o próprio executado – nesse caso, a empresa –, nomear o sócio administrador da empresa ou nomear um terceiro estranho à sociedade.

¹³⁹ 116366442 JCF.5 JCF.5.LXVII JNCCB.652 JCPC.902 JCPC.902.1 JCPC.919 – PROCESSUAL CIVIL – HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – DESCUMPRIMENTO – DEPOSITÁRIO INFIEL – NÃO-CARACTERIZAÇÃO – CONCEITO QUE NÃO PODE SER AMPLIADO POR TÉCNICAS QUE AUMENTEM O ALCANCE DA TIPIFICAÇÃO PREVISTA NA LEI – 1. Não obstante a prisão tenha sido decretada pelo juízo da execução, o tribunal de origem, em sede de agravo de instrumento, reconheceu sua legitimidade. Destarte, havendo ameaça à liberdade individual, não se mostra plausível exigir-se a interposição de qualquer outro recurso (no caso, especial ou extraordinário) e suprimir o direito à impetração de habeas corpus, em virtude da celeridade e urgência no procedimento. Além disso, a corte de origem deixou de conhecer do habeas corpus apresentado após o julgamento do agravo de instrumento, por força do "trânsito em julgado da decisão relativa ao agravo". Assim, mostra-se caracterizada a competência desta corte para apreciar a presente impetração. 2. Nos termos do art. 5º, LXVII, da CF/88, "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Segundo o art. 652 do CC/2002 e o art. 902, § 1º, do CPC, a restrição à liberdade não pode exceder um ano e serve como "constricção psicológica para o adimplemento da obrigação de entregar a coisa" (fiuza, cesar".Direito civil: Curso completo", 10ª ED., belo horizonte: Del rey, 2007, pág. 564). Assim, em princípio, a prisão do depositário infiel é autorizada pelo ordenamento jurídico. 3. Por outro lado, há precedentes desta corte no sentido de admitir a prisão do responsável pelo depósito mensal de valor decorrente de penhora sobre o faturamento da empresa. Nesse sentido: RHC 17.244/SP, 3ª turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18.4.2005; RHC 21.039/RS, 4ª turma, Rel. Min. Hélio quaglia barbosa, DJ de 4.6.2007. 4. Contudo, tratando-se de restrição à liberdade individual, é necessário o perfeito enquadramento da situação fática ao conceito previsto na norma. É depositário aquele que recebe um bem para guardar até que o depositante o reclame (depósito voluntário), ou é nomeado responsável para a guarda de bens que foram objeto de penhora (depósito judicial), devendo as contas serem prestadas na forma do art. 919 do CPC. Não é depositário aquele que, responsável pelo depósito de percentual incidente sobre a renda da empresa, descumpra a obrigação, pois são distintos os casos de penhora sobre o próprio bem e de penhora realizada sobre os eventuais frutos que o bem possa gerar. Nessa situação — penhora sobre a renda —, a constricção incide, diretamente, sobre os frutos e não sobre o bem principal. Desse modo, apenas no primeiro caso, frise-se, fica caracterizada a situação de depositário. Malgrado a prisão civil não tenha natureza punitiva, é inviável a sua decretação por meio de técnicas que ampliem a tipificação prevista na Lei. Nesse sentido: RHC 19.246/SC, 1ª turma, Rel. Min. Teori albino zavascki, DJ de 29.5.2006; RHC 20.075/SP, 1ª turma, Rel. Min. Luiz fux, DJ de 13.11.2006. 5. Ordem de habeas corpus concedida. (STJ – HC 200701666408 – (87140) – RJ – 1ª T. – Relª. Min. Denise Arruda – DJU 05.11.2007 – p. 00224)

Nomeando o próprio executado será impróprio falar na remuneração do administrador, conforme enuncia o Art. 149 do CPC¹⁴⁰, que deve ser adiantada pelo exeqüente – Art. 20, §2º do CPC –, tendo como consequência de não fazer o que dispõe o art. 267 do CPC. Indiferentemente da pessoa indicada para administrar a penhora sobre percentual de faturamento de empresa, o certo é que essa pessoa administrará apenas e tão somente o percentual objeto da penhora, como corretamente assevera Elpídio Donizetti (2008):

De toda sua gestão, que não inclui a interveniência nas atividades empresariais, a não ser para recolher o percentual previsto no esquema aprovado judicialmente, o depositário-administrador prestará contas mensalmente ao juízo (DONIZETTI, 2008, p. 628).¹⁴¹

Ou seja, a atividade do administrador é restrita ao “manuseio” daquele percentual de créditos decorrentes do faturamento da empresa. Neste sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior (2008):

O depositário exercerá uma intervenção parcial na gestão da empresa, durante o cumprimento do esquema judicial de pagamento. Tomará providências para recolher as importâncias deduzidas do caixa da empresa, ou descontadas da conta bancária de cobrança de duplicatas. Poderá, até mesmo, encarregar-se da cobrança dos títulos correspondentes ao percentual do faturamento penhorado. O esquema de pagamento poderá explicitar, caso a caso, a forma

¹⁴⁰ PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADORA JUDICIAL DA PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – CABIMENTO – HONORÁRIOS PERICIAIS CORRETAMENTE FIXADOS – I- É razoável a nomeação de pessoa estranha à empresa como administradora da penhora sobre o faturamento, a fim de averiguar a alegada impossibilidade financeira da executada em adimplir o recolhimento mensal. II- Honorários periciais fixados com moderação na r. Decisão agravada. III- Agravo de instrumento improvido. (TRF 3ª R. – AG 2004.03.00.034682-5 – (210450) – 4ª T. – Relª Desª Fed. Alda Basto – DJU 30.04.2008 – p. 492)

¹⁴¹ DONIZETTI, E. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 10 ed. São Paulo: Lumenjuris, 2008.

adequada de apropriação das parcelas estabelecidas (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 80).¹⁴²

Destarte, o depositário-administrador não recebe o estabelecimento comercial em penhora e sim o percentual de faturamento. E não necessita, portanto, prestar nenhuma forma de caução – art. 1400 do CC¹⁴³ – nem averbar, no registro do empresário, que o estabelecimento comercial se encontra sob administração judicial – art. 1144 do CC¹⁴⁴.

O administrador tem responsabilidade pelo caráter público que desempenha – Art. 37, 6º, CF¹⁴⁵ – e responde pelos danos que pode causar, sendo que a ação prescreve em três anos – Art. 206, §3ª, V do CC¹⁴⁶.

VI. VI. Elaboração, apresentação, aprovação ou rejeição do plano

Um dos requisitos jurisprudenciais para a penhora de faturamento é a elaboração do plano de pagamento. O legislador, pela introdução do art. 655-A, §3º, ratificou a exigência. Assim como ocorre no processo de recuperação judicial, o administrador da penhora de percentual de faturamento poderá, quando da

¹⁴² THEODORO JÚNIOR. Op. cit.

¹⁴³ Art. 1.400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto.

¹⁴⁴ Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

¹⁴⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁴⁶ Art. 206. Prescreve: §3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;

avaliação do plano, constatar a inutilidade da penhora, a impossibilidade ou o estado falimentar da empresa.

A penhora será inútil quando, por exemplo, o débito for desproporcionalmente grande em face do faturamento da empresa. Uma penhora que dure 100 (cem) anos, por óbvio, não satisfaz os interesses do exeqüente.

Pode haver também a impossibilidade da efetivação da penhora ou mesmo a constatação de que a empresa passa por processo pré-falimentar, ocasião em que o administrador deverá notificar o juízo do estado de insolvência da empresa executada.

Caso verifique a possibilidade da implementação da penhora, o administrador terá duas tarefas essenciais durante a elaboração do plano: a) determinar o montante mensal do faturamento que pode ser penhorado sem comprometer a atividade empresária; b) determinar como será sua atuação e a forma pela qual se dará a constrição.

Alguns autores recomendam cautela ao juízo quando da fixação do percentual:

Esse dispositivo não traz, de forma expressa, o percentual do faturamento de empresa que é passível de penhora. Por conseguinte, caberá ao juiz, diante do caso concreto, *ponderar* os valores e interesses em causa e, de acordo com os princípios da *proporcionalidade, razoabilidade, efetividade e menor onerosidade para o devedor*, fixar esse percentual, capaz de permitir tanto a sobrevivência (viabilidade econômica) da empresa, quanto a

satisfação do direito do exequente (REDONDO; LOJO, 2007, p. 70)¹⁴⁷.

Como é visível, o Código não prefixou o percentual do faturamento que é passível de penhora, e nem poderia fazê-lo, afinal, sabe-se bem que o conjunto das operações financeiras de uma empresa sempre está na dependência de uma série de fatores, a exemplo da espécie de atividade econômica por ela exercida. Portanto, a quantificação desse percentual deve ser realizada caso a caso pelo juiz. Quando se cogita dessa modalidade de penhora, é pressuposto que se apurem os resultados obtidos pela devedora em suas negociações num dado período, o que normalmente pode ser mensurado pela análise dos últimos balanços contábeis da executada. Por isso, acreditamos que a exibição e a interpretação desses documentos são indispensáveis para que se defira a constrição. Finalmente, ao mencionar que a penhora recairá sobre "*percentual*" do faturamento da empresa, nas entrelinhas do § 3º é possível notar a preocupação do legislador com a sobrevivência da executada, ademais, certamente a Lei dos Ritos não deseja que o percentual penhorado inviabilize a continuidade da atividade empresarial da devedora. Por isso, é necessário que o juiz seja prudente na dosimetria dessa fração (MACIEL, [s.d.], [s.p.]).¹⁴⁸

Ocorre embora seja o juízo que *fixe* o montante a ser penhorado incumbe ao administrador *indicar* ao juízo o *quantum* máximo que pode ser penhorado e a forma de constrição.

Mais cautela então deve ter o administrador quando da elaboração do plano, devendo diligenciar junto a empresa para tomar conhecimento de suas atividades, da forma pelo qual faz suas vendas ou presta serviços e a forma como recebe estes créditos, para determinar em qual momento poderá intervir para constriuir a parcela do faturamento penhorado.

¹⁴⁷ REDONDO; LOJO. Op. cit.

¹⁴⁸ MACIEL, D. B. **A penhora sobre o faturamento da empresa.** Disponível em: <<http://istoedireito.blogspot.com/2008/05/penhora-sobre-o-faturamento-da-empresa.html>>. Acesso em: 4 jan. 2009.

O percentual indicado e posteriormente fixado deve preservar o pagamento de salários dos funcionários da empresa, sob pena de ofensa aos art. 449¹⁴⁹ da CLT e art. 7º, inciso X da CF¹⁵⁰.

O administrador, por não efetivamente gerir bem de terceiros, mas tão somente o percentual penhorado, não é responsável tributário nos termos do art. 134, III¹⁵¹ do CTN. Mas, se o percentual do faturamento for indicado e fixado de forma a obrigar a empresa a negligenciar suas obrigações tributárias, ele poderá ser responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação, nos termos do art. 135¹⁵² do CTN.

O capital de giro essencial à manutenção da empresa também deve ser preservado quando da indicação e fixação do percentual, analisando as características e necessidades do negócio, como, por exemplo, a sazonalidade do mercado comprador ou a necessidade de formar estoques em determinadas épocas do ano.

Diferentes atividades empresariais operam com diferentes margens de lucro e contribuição e recebem seus créditos de forma também diferenciada. Não é preciso dizer que qualquer tentativa de uniformizar o percentual poderá acarretar danos irreparáveis ao executado.

¹⁴⁹ Art. 449 - Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa

¹⁵⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

¹⁵¹ 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: III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

¹⁵² Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ciente da dinâmica da empresa, o administrador deverá também estabelecer de que maneira efetiva fará a constrição de forma a interferir o mínimo possível nas atividades empresariais e garantir a constrição do percentual penhorado. A forma de constrição deve ser adequada ao modelo de negócio da empresa executada e buscar, por todos os meios lícitos, a efetividade da execução.

Na ausência de prazo processual estabelecido para a apresentação do plano, é lícito que o juízo conceda ao administrador o tempo que este último entender como necessário para a realização dos trabalhos de forma prudente.

É lícito também que executado e exeqüente manifestem-se sobre o plano apresentado:

Uma vez apresentada pelo depositário sua proposta sobre a forma de efetivação de constrição, deve o magistrado conceder prazo ao exeqüente e ao executado para que se manifestem sobre o plano, para a correta garantia do contraditório e da ampla defesa (REDONDO; LOJO, 2007, p. 184).¹⁵³

Ao fim, o juízo poderá, por meio de despacho fundamentado, aceitar ou rejeitar o plano, determinando que outro seja elaborado ou o modificando de acordo com as ponderações das partes. Em caso de o administrador considerar o plano adotado inexecutável, caberá a ele renunciar ao encargo legal.

¹⁵³ REDONDO; LOJO. Op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avaliando a evolução dos direitos fundamentais, verificou-se que é fundamental para a completa difusão dos direitos de solidariedade que exista a manutenção e aprimoramento de um meio ambiente econômico saudável.

A empresa, no sistema capitalista atual, é o centro desse meio ambiente. É a empresa que gera a riqueza. É da empresa que o Estado recolhe os tributos que o sustentam. Do labor nas atividades de empresa que se ocupam os Homens para retirar o sustento. É no produto da empresa que o resultado desse trabalho é gasto, na aquisição de bens e serviços, essenciais à sobrevivência ou simplesmente capazes de tornar a vida mais agradável.

A teoria da empresa traduz para o direito, com grande grau de sucesso, essa realidade econômica que é a empresa. A máxima “empresário se é, empresa se governa, estabelecimento se tem” encontrou guarida no ordenamento jurídico brasileiro e se fortaleceu por seus próprios méritos.

A importância da empresa para o ordenamento jurídico é tamanha que, quando demandada em juízo em processo de execução aos princípios básicos desse tipo de demanda, à utilidade, finalidade e suficiência se soma mais um princípio: o da preservação da empresa.

O princípio da preservação da empresa tem como finalidade a manutenção da atividade empresarial já estabelecida com o objetivo de permitir à empresa, mesmo quando em dificuldades financeiras, cumprir os desígnios constitucionais e salvaguardar os direitos fundamentais do Homem.

A penhora sobre percentual do faturamento da empresa foi acolhida no ordenamento jurídico pátrio, porém sem nunca relegar o princípio da preservação da empresa.

Doutrina e jurisprudência fixaram requisitos para a implementação do instituto, sendo que os requisitos mais genericamente apontados para efetivação da medida são: a) a nomeação de depositário-administrador; b) a necessidade de apresentação de um plano de pagamento; c) a excepcionalidade da medida – utilização restrita a apenas quando todas as outras medidas falharam; e d) que a constrição permitisse o funcionamento e a sobrevivência da empresa.

As alterações trazidas pela Lei n.º 11.382/2006 no Código de Processo Civil, nos artigos 655, VII e 655-A, §3º, positivaram tais entendimentos e, considerados todos os outros princípios orientadores do processo de execução, não amesquinham o princípio da preservação da empresa, mas o fizeram mais seguro e possibilitaram nova visão sobre esse instituto.

A teoria da empresa é a base a partir da qual se depreende a qualidade do faturamento como um ato típico do empresário, que consiste no exercício do objeto social da empresa, uma operação contratual caracterizada pela transmissão definitiva da propriedade ou de operação remuneradora da atividade que envolve um fazer ou prestar.

Como parcela do patrimônio da empresa executada, uma porcentagem do montante creditício resultado dessas operações contratuais é que pode ser afetada judicialmente pela penhora, com a finalidade específica de iniciar o processo de expropriação em favor do credor.

Norteadado pelo princípio da preservação da empresa e pela teoria da empresa, acredita-se que a utilização do instituto da penhora sobre percentual do faturamento de empresa seja ferramenta útil, de grande valia, para satisfazer as necessidades do exeqüente e da empresa executada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, A. **Comentários ao código de processo civil**. v. 9 (Do processo de execução, arts. 646 a 735). São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

_____. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, L. C. **Da penhora**. São Paulo: Resenha Tributária, São Paulo, 1994.

BARRETO FILHO, O. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comércio ou fazenda mercantil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, S. R. **Noções sobre gerações de Direitos**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>>. Acesso em: 9 jul. 2007.

_____. **Três gerações de Direitos**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=12>>. Acesso em: 13 jul. 2007.

BITTENCOURT, M. V. C. **Manual de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. v. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULGARELLI, W. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAVALCANTE, C. M. A penhora de parcela do faturamento de empresa e suas restrições. In: LOPES, J. B.; CUNHA, L. J. C. (orgs.). **Execução civil**. Aspectos polêmicos. São Paulo: Dialética, 2005.

COELHO, F. U. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, F. K. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O poder de controle da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DONIZETTI, E. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 10 ed. São Paulo: Lumenjuris, 2008.

FURLAN, A. A nova execução fiscal. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n.º 152, p. 21-39, mai. 2008.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**. v. 3 (Processo de execução e procedimentos especiais). 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HOBBSAWN, E. J. **A Era dos Extremos: o breve século vinte**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **A Era dos Impérios**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. .

MACIEL, D. B. **A penhora sobre o faturamento da empresa**. Disponível em: <<http://istoedireito.blogspot.com/2008/05/penhora-sobre-o-faturamento-da-empresa.html>>. Acesso em: 4 jan. 2009.

MACHADO, H. B. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. v. 2. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MINATEL, J. A. **Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação**. São Paulo: MP, 2005.

REDONDO, B. G.; LOJO, M. V. S. **Penhora: exposição sistemática do procedimento, de acordo com as Leis 11.232/05 e 11.382/06, bens passíveis de penhora, impenhorabilidade absoluta, relativa e o bem de residência**. São Paulo: Método, 2007.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROQUE, S. J. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 1994.

SALOMÃO FILHO, C. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANDRONI, P. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 6 ed. São Paulo: Best Seller, 2001.

SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. v. 2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. **A impossibilidade da penhora do capital de giro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2925>>. Acesso em: 28 mai. 2009.

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008.