



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.685 - SP (2010/0000441-3)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE COOPERATIVA. PENHORA SOBRE PERCENTUAL DO FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE.

1. Não se conhece do recurso especial pela alegada violação do art. 535 do CPC nos casos em que a arguição é genérica, por incidir a Súmula 284/STF.

2. A ausência de prequestionamento no que tange à suposta contrariedade aos arts. 649, IV, do Código de Processo Civil; 184 do Código Tributário Nacional; 10 e 11, § 1º, da Lei 6.830/80; 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, da Lei 5.764/71 impõe a incidência da Súmula 211/STJ.

3. O reconhecimento de eventual omissão que pudesse justificar o retorno dos autos à origem somente seria possível se houvesse fundamentação suficiente quanto à ofensa ao art. 535 do CPC, hipótese inexistente no caso dos autos.

4. Cumpre ao Tribunal de origem, ao decidir os embargos de declaração, examinar os argumentos como postos na peça recursal. Desse modo, não se verifica o vício da omissão quando a embargante limita-se a indicar os dispositivos em relação aos quais pretendia que o órgão julgador se manifestasse e a fazer remissão à inicial do recurso de agravo sem demonstrar o suposto vício existente no julgado embargado.

5. Não enseja conhecimento o recurso interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional quando ausente a indispensável similitude fática entre os arestos confrontados.

6. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa – desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (arts. 655-A, § 3º, do CPC) e o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial – sem que isto configure violação do princípio exposto no art. 620 do CPC.

7. A existência de sobras líquidas ou de prejuízos, após excluídas as despesas gerais da sociedade, além da possibilidade de auferirem-se resultados positivos com a prática de atos não-cooperativos, permite concluir que na sociedade cooperativa há ingresso de receita, com a qual, inclusive, devem ser pagos os seus tributos. Em consequência, torna-se possível a penhora de percentual de seu faturamento na hipótese de não terem sido indicados outros bens para garantirem o pagamento de seus débitos, sendo irrelevante o fato de tratar-se de uma sociedade de pessoas, sem fins lucrativos.

8. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Castro Meira, por maioria, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon. Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.

Brasília, 07 de dezembro de 2010(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.685 - SP (2010/0000441-3)

RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE
TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª. Região assim ementado:

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 improvido. (f. 108)

Foram opostos embargos de declaração (fls. 132/133), que restaram rejeitados. (fls. 135/141)

Nas razões do especial, alega-se além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 535, II, 620 e 649 do CPC e dos arts. 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89 da Lei 5.764/71, art. 184 do CTN e arts. 10 e 11, § 1º da Lei 6.830/80, sustentando, em síntese, que:

a) o aresto é nulo por não ter apreciado expressamente a incidência dos preceitos legais invocados pela recorrente, todos de relevo para o julgamento da causa;

b) admitiu-se, ao arripio da lei, a penhora de faturamento de cooperativa médica, sujeita ao regime das Leis 5.764/71 e 9.656/98, como se a sociedade cooperativa fosse uma empresa, fato que distorce o cooperativismo, cujas receitas e despesas pertencem aos cooperados, já que as cooperativas são sociedades instrumentais;

c) revela-se inadmissível a penhora de faturamento de cooperativa quando esta não teve sua personalidade jurídica desconsiderada ou não praticou qualquer ato irregular ou ilícito enquanto cooperativa de plano de saúde;

d) o acórdão recorrido diverge da interpretação que esta Corte deu ao tema no REsp 715.084/SP;

e) a execução deve se processar pela forma menos gravosa ao executado, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 620 do CPC; e

f) a receita das cooperativas, por consistirem na remuneração dos médicos devida pela prestação de seus serviços, são bens impenhoráveis, tendo em vista sua natureza alimentar e por serem receitas de terceiros estão fora do alcance da responsabilidade tributária do sujeito passivo.

Ao final postula a nulidade do aresto recorrido por insuficiência da prestação jurisdicional e a reforma do acórdão com a desconstituição da penhora de 5% do faturamento da recorrente. (fls. 149/164)

Contrarrazões às fls. 183/190.

O recurso especial inicialmente foi inadmitido (fls. 192/194).

À f. 202, no Agravo de Instrumento 1.151.752/SP, determinei a subida do especial para melhor exame.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.685 - SP (2010/0000441-3)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): A tese recursal pode ser exposta nas seguintes questões: **i)** a jurisdição prestada na origem é suficiente para uma escorreita prestação jurisdicional? **ii)** é possível penhora de faturamento de cooperativa?

Para confirmar a decisão que determinou a penhora de 5% do faturamento da recorrente, o TRF da 3ª. Região adotou as seguintes premissas:

1) a empresa não nomeou bens à penhora após ser devidamente citada em execução fiscal, sendo então penhorado 5% de seu faturamento; e

2) o faturamento é bem penhorável e sua fixação em percentuais razoáveis atende aos interesses do credor e do devedor, pois permite a continuidade das atividades com a perspectiva do gradual pagamento da dívida em execução.

Pela transcrição do aresto recorrido percebe-se que não se enfrentou especificamente a peculiaridade da penhora sobre faturamento de cooperativa, tratando-a como se penhora de faturamento de empresa se cuidasse.

Na inicial do agravo de instrumento a questão foi devolvida à Corte de revisão, mas o aresto desconsiderou as alegações neste sentido. A matéria é de relevo, pois o STJ difere a penhora de faturamento da empresa daquela outra incidente sobre o faturamento da cooperativa, recusando a possibilidade neste último caso.

Haveria, portanto, em tese, nulidade do aresto recorrido, visto que o Tribunal não sanou a omissão após provocação em embargos de declaração. Deixo, porém, de declará-la, nos termos do art. 249, § 2º do CPC.

No mérito, assiste razão à recorrente.

A Lei de Execução Fiscal regula a sistemática de nomeação de bens à penhora pelo devedor, ordem de preferência e substituição dos bens penhorados mediante requerimento da Fazenda Pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A legislação federal prevê que o devedor deverá nomear bens à penhora (art. 9º, III da LEF), observada a ordem do art. 11 da LEF, sendo facultado à Fazenda Pública pleitear a substituição dos bens oferecidos por outros, independentemente da ordem de preferência mencionada.

O magistrado, na condução do processo de execução fiscal, deverá decidir as questões sobre penhora levando em consideração ser a execução promovida no interesse do credor, porém, de modo menos gravoso para o devedor, o que enseja análise das circunstâncias fáticas apresentadas nos autos pelas partes. Portanto, a regra do art. 15, II, da LEF, indica que o juiz poderá deferir, e não deverá.

A penhora sobre o faturamento da empresa não eqüivale à penhora sobre o dinheiro - o primeiro na ordem de preferência -, mas enquadra-se no § 1º do art. II da LEF, do teor seguinte: *Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.* (grifo nosso). O dinheiro, tal como previsto no art. 11, I, da LEF, deve ser certo, determinado e integrante do patrimônio do devedor no momento de sua nomeação ou indicação.

Em conclusão, não se pode olvidar que a execução é promovida no interesse do credor e da forma menos gravosa ao devedor. Admite-se, assim, a penhora sobre o faturamento da empresa somente em situações excepcionais.

No tocante à hipótese dos autos, destaco, aqui, judicioso voto proferido pelo Ministro FRANCIULLI NETTO, no julgamento do REsp 715.084/SP (julgado em 06/09/2005, DJ 20/03/2006 p. 244), no qual ele faz o cotejo analítico entre a sociedade comercial e a sociedade cooperativa:

Cumpre lembrar que este Sodalício, ao julgar o tema acerca da penhora sobre faturamento de sociedades comerciais, assenta o entendimento de que somente em caráter excepcional, é possível realizar a penhora sobre o faturamento da empresa, ainda com a observância de cautelas previstas em lei. Dessa feita, no particular, é indispensável que demonstre o exeqüente terem sido frustradas todas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei n. 6.830/80.

De qualquer forma, é consabido que a penhora sobre o faturamento de sociedade comercial não é de ser admitida, senão quando esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente comprovada a inexistência de qualquer bem que possa garantir a execução.

Não se pode olvidar que a constrição judicial sobre o faturamento da empresa pode inviabilizá-la, frustrando a excussão da dívida, uma vez que a possibilidade da devedora enfrentar seus débitos será dificultada pela medida constritiva que poderá comprometer sua estabilidade financeira.

Assim, pois, a penhora sobre o faturamento de uma sociedade comercial deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução, pois implica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verdadeiro óbice à existência da empresa, entendida como atividade econômica organizada profissionalmente para a produção, circulação e distribuição de bens, serviços ou riquezas (art. 966 do novo Código Civil).

Rememore-se que o ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa – mormente o novo Código Civil, por intermédio do Livro II, com a criação do novo Direito de Empresa, de sorte que “*esta atividade, essencialmente teleológica, impõe a interação de bens, corpóreos e incorpóreos, e de pessoas, carece de impulso constante, de vontade que a direcione nos rumos do lucro, da sobrevivência e do desenvolvimento*” (Araken de Assis, “Manual do Processo de Execução”, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 605).

Note-se que todo o exposto diz respeito à sociedade comercial, cujo objetivo é auferir lucro.

A hipótese vertente dos autos, por outro lado, trata de penhora sobre faturamento de sociedade cooperativa. Acerca dessa entidade, vige em nosso sistema a Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que regula a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, ao prescrever, em seu artigo 79, que constituem “*atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para consecução dos objetivos sociais*”.

Desse preceito normativo, colhe-se que a operação de mercado e o contrato de compra e venda de mercadoria não configuram ato cooperativo, razão pela qual verifica-se que existem atividades não representativas dos denominados atos cooperativos, que nascem das operações com não-associados e são típicos atos mercantis.

Sem embargo de tais peculiaridades, não se insere dentre as características da sociedade cooperativa o intuito lucrativo, razão pela qual é correto afirmar que se não confunde com as denominadas sociedades comerciais; ao contrário, o traço marcante que a diferencia é a “*cooperação, com o objetivo de trazer para os cooperados as vantagens que terceiros obteriam se os interessados não ‘se cooperassem’*” (cf. Milton Paulo de Carvalho, in “Enciclopédia Saraiva do Direito”, coordenação Prof. R. Limongi França, vol. 20, p. 412).

Assim, pois, evidenciado que, na relação que cerca a cooperativa e os cooperados não ocorre lucro, cabe à sociedade cooperativa, ao término do exercício social, elaborar o balanço com o fito de confrontar as receitas que auferiu e as despesas que experimentou, ambas decorrentes do liame existente com seus associados. Daí poderão ser constatadas duas situações distintas: 1) resultado negativo originário de contribuições insuficientes para cobertura das despesas da cooperativa; 2) resultado positivo, tendo em vista o associado ter suportado um excesso no custeio.

De uma forma ou de outra, essa relação está estritamente ligada à cooperativa e aos cooperados. Assim, as cooperativas, por meio de assembléia geral ordinária, deverão deliberar, dentre outros temas, o referente à “*destinação das sobras apuradas ou rateio das perdas decorrentes da insuficiência das contribuições para cobertura das despesas da sociedade, deduzindo-se, no primeiro caso, as parcelas para os fundos obrigatórios*” (art. 44, II).

Do cotejo entre a sociedade comercial e a sociedade cooperativa, percebe-se, sem maiores esforços, que nas mercantis existem inúmeras restrições e a exigência de vários requisitos para que se possa consolidar a penhora sobre o faturamento da empresa.

Infere-se, desse modo, que, a teor da característica da sociedade cooperativa, não é possível determinar a penhora sobre seu faturamento ou lucro bruto mensal. Sabem-no todos que as sociedades cooperativas diferem das sociedades comerciais, uma vez que aquelas, entre outras diferenças, não possuem o intuito lucrativo. Da mesma maneira, a aferição de eventual faturamento ou lucro não se dá mensalmente, mas sim ao término do exercício social, oportunidade em que deve ser elaborado o balanço com o fito de confrontar as receitas que auferiu e as despesas que experimentou.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante de todo esse contexto, pode-se afirmar que não é possível deferir a penhora sobre faturamento das sociedades cooperativas, razão pela qual não subiste o julgado proveniente da Corte de origem.

Pelo que precede, dou provimento ao recurso especial interposto pela Unimed Regional da Baixa Mogiana – Cooperativa de Trabalho Médico, tornando insubsistente a penhora determinada sobre seu faturamento.

Portanto, tratando-se de sociedade cooperativa, sem fins lucrativos, cujo capital é variável e pode ser constituído com bens e serviços e seu lucro depende do resultado apurado ao final do exercício social, entendo não ser possível a penhora sobre o seu faturamento.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – SOCIEDADE COOPERATIVA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE FINALIDADE DE LUCRO.

1. Não fica evidenciada a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. A executada, apesar de citada, não pagou o débito; muito menos logrou êxito em apresentar outros bens passíveis de penhora, o que possibilitou a adoção de medida extrema, em percentual módico, que não afeta o livre desempenho das atividades econômicas da empresa.

Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 783.227/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJe 27/11/2008)

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - SOCIEDADE COOPERATIVA - DETERMINADA PENHORA SOBRE O FATURAMENTO BRUTO - RECONHECIDA A POSSIBILIDADE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA - PRETENSÃO RECURSAL ACOLHIDA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- A penhora sobre o faturamento das sociedades comerciais, para que se possa consolidar, deverá observar as inúmeras restrições e a exigência de vários requisitos legais. Admitir a penhora sobre faturamento ou lucro bruto das cooperativas significa equipará-las às sociedades mercantis.

- A teor da característica da sociedade cooperativa, não é possível determinar a penhora sobre o faturamento ou lucro bruto mensal.

Sabem-no todos que as sociedades cooperativas diferem das sociedades comerciais, uma vez que aquelas, entre outras diferenças, não possuem o intuito lucrativo. Da mesma maneira, a aferição de eventual faturamento ou lucro não se dá mensalmente, mas sim ao término do exercício social, oportunidade em que deve ser elaborado o balanço com o fito de confrontar as receitas que auferiu e as despesas que experimentou.

- Recurso especial provido para afastar a penhora sobre o faturamento bruto da sociedade cooperativa.

(REsp 715.084/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJ 20/03/2006 p. 244)

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial para afastar a penhora determinada na origem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0000441-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.172.685 / SP

Números Origem: 200703000329555 296886

PAUTA: 22/06/2010

JULGADO: 05/08/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ALEXANDRA MARIA CARVALHO CARNEIRO, pela parte RECORRIDA: FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sr. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 05 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.685 - SP (2010/0000441-3)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE
TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE COOPERATIVA. PENHORA SOBRE PERCENTUAL DO FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE.

1. Não se conhece do recurso especial pela alegada violação do art. 535 do CPC nos casos em que a arguição é genérica, por incidir a Súmula 284/STF.

2. A ausência de prequestionamento no que tange à suposta contrariedade aos arts. 649, IV, do Código de Processo Civil; 184 do Código Tributário Nacional; 10 e 11, § 1º, da Lei 6.830/80; 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, da Lei 5.764/71 impõe a incidência da Súmula 211/STJ.

3. O reconhecimento de eventual omissão que pudesse justificar o retorno dos autos à origem somente seria possível se houvesse fundamentação suficiente quanto à ofensa ao art. 535 do CPC, hipótese inexistente no caso dos autos.

4. Cumpre ao Tribunal de origem, ao decidir os embargos de declaração, examinar os argumentos como postos na peça recursal. Desse modo, não se verifica o vício da omissão quando a embargante limita-se a indicar os dispositivos em relação aos quais pretendia que o órgão julgador se manifestasse e a fazer remissão à inicial do recurso de agravo sem demonstrar o suposto vício existente no julgado embargado.

5. Não enseja conhecimento o recurso interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional quando ausente a indispensável similitude fática entre os arestos confrontados.

6. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa – desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (arts. 655-A, § 3º, do CPC) e o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial – sem que isto configure violação do princípio exposto no art. 620 do CPC.

7. A existência de sobras líquidas ou de prejuízos, após excluídas as despesas gerais da sociedade, além da possibilidade de auferirem-se resultados positivos com a prática de atos não-cooperativos, permite concluir que na sociedade cooperativa há ingresso de receita, com a qual, inclusive, devem ser pagos os seus tributos. Em consequência, torna-se possível a penhora de percentual de seu faturamento na hipótese de não terem sido indicados outros bens para garantirem o pagamento de seus débitos, sendo irrelevante o fato de tratar-se de uma sociedade de pessoas, sem fins lucrativos.

8. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

VOTO-VISTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição da República e interposto contra aresto do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual manteve a penhora sobre o faturamento da recorrente no percentual de 5% (cinco por cento), deferida pelo Juízo de piso, com base nos seguintes fundamentos:

- (a) não foram localizados bens da executada para penhora;
- (b) o faturamento é bem penhorável;
- (c) "[o] artigo 620, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que a execução deve se processar pelo modo menos gravoso ao devedor, não visou, por outro lado, inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor" (e-STJ fl. 105);
- (d) "[a] penhora em percentual razoável do faturamento atende aos interesses de credor e devedor, pois a empresa continuará a realizar as suas atividades, com a perspectiva do gradual pagamento do débito executado" (e-STJ fl. 105).

O referido julgado adotou a seguinte ementa:

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 improvido (e-STJ fl. 108).

Os embargos de declaração opostos na sequência (e-STJ fls. 132-133) foram rejeitados (e-STJ fl. 140).

Nas razões do especial, a Unimed São José do Rio Preto - Cooperativa de Trabalho Médico indica como violados os seguintes dispositivos legais: arts. 535, II, 620 e 649, IV, do Código de Processo Civil; 184 do Código Tributário Nacional; 10 e 11, § 1º, da Lei 6.830/80; 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, da Lei 5.764/71. Aponta, também, dissídio jurisprudencial com precedente desta Corte (REsp 715.084/SP).

A Relatora, a eminente Ministra Eliana Calmon, acolheu a pretensão recursal, proferindo voto sintetizado na seguinte sugestão de ementa:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE FATURAMENTO - COOPERATIVA - SUFICIÊNCIA RECURSAL.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. É inválida a determinação de penhora sobre faturamento de sociedade cooperativa sem fins lucrativos, cujo capital é variável, constituído de bens e serviços e cujo lucro depende do resultado apurado ao final do exercício social. Precedentes da 2ª. Turma.
3. Recurso especial provido.

Em seu voto, ressaltou, num primeiro momento, que o acórdão recorrido não "enfrentou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especificamente a peculiaridade da penhora sobre faturamento de cooperativa, tratando-a como se penhora de faturamento de empresa se cuidasse", embora a questão tivesse sido devolvida à Corte regional por meio do recurso de agravo de instrumento e novamente levantada em embargos de declaração.

Em consequência, a ilustre Relatora reconheceu que o julgado padece de nulidade, ante a omissão do Tribunal *a quo* em manifestar-se sobre o tema, entretanto, deixou de declará-la, nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, com a seguinte redação:

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Avançando na análise do mérito do recurso, S. Exa. entendeu que, por tratar-se a recorrente de "sociedade cooperativa, sem fins lucrativos, cujo capital é variável e pode ser constituído com bens e serviços e seu lucro depende do resultado apurado ao final do exercício social", não é possível a penhora sobre o seu faturamento.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

A alegada violação do art. 535 do CPC

Como dito, a Sra. Ministra Relatora concluiu que o acórdão recorrido padece de nulidade, porquanto não se manifestou sobre a peculiaridade de que, no caso, foi determinada a penhora sobre faturamento de sociedade cooperativa, embora a questão tivesse sido devolvida à Corte regional por meio do recurso de agravo de instrumento e novamente levantada em embargos de declaração.

Todavia, fundando-se no § 2º do art. 249 do CPC, deixou de declará-la e passou ao exame do mérito recursal.

Ouso, porém, divergir da Relatora quanto à aplicação do art. 249, § 2º, do CPC e, por conseguinte, em relação ao conhecimento da preliminar de contrariedade ao art. 535 do mesmo diploma legal.

Como é cediço, o apelo especial constitui espécie de recurso de fundamentação vinculada, cujas hipóteses de cabimento estão expressamente previstas na Constituição da República (art. 105, inciso III). Tem, assim, a função constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal e, como tal, submete-se ao preenchimento de certos requisitos, dos quais cumpre destacar a necessidade de prequestionamento do tema suscitado nas razões recursais. É o que se deduz da expressão "causas decididas em única ou última instância".

Sobre o conceito de prequestionamento, lembro a lição do Professor Bernardo Pimentel Souza, *in verbis*:

O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. **Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica suscitada não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência do prequestionamento.** O cumprimento do prequestionamento, entretanto, não está condicionado à menção expressa, no acórdão recorrido, do preceito tido por violado pelo recorrente. O que importa para a satisfação do prequestionamento é ter sido a matéria jurídica alvo de discussão no recurso dirigido ao tribunal superior previamente *solucionada* no julgado recorrido. É, aliás, o que se infere dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis por analogia ao recurso especial (In *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 691-692 – sem destaque no original).

Desse modo, para que o recurso especial seja cabível, é imperioso que a questão federal nele veiculada tenha sido objeto de prévio debate no âmbito do Tribunal *a quo*. Na ausência de pronunciamento quanto ao tema, cumpre à parte opor embargos de declaração, com base no art. 535, II, do CPC, pleiteando o seu enfrentamento pelo órgão julgador; persistindo a omissão, o recorrente deve interpor o apelo especial, suscitando ofensa ao referido dispositivo. O STJ, por sua vez, atestando a ausência de manifestação, deve cassar o acórdão recorrido e determinar que seja realizado novo julgamento dos declaratórios.

A alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, portanto, constitui o meio processual adequado para, em se reconhecendo a omissão da Corte de origem na análise de determinado ponto essencial ao julgamento da causa, determinar-se o retorno dos autos para o seu devido enfrentamento, sob pena de descumprimento dos requisitos de admissibilidade do apelo especial.

Nesse contexto, transcrevo, mais uma vez, o ensinamento do Professor Bernardo Pimentel Souza, *in verbis*:

Em síntese, o recurso especial só é cabível se a matéria jurídica nele versada tiver sido objeto de prévio pronunciamento por parte do tribunal **a quo**. Na ausência de manifestação sobre o tema a ser agitado em futuro recurso especial, deve o inconformado interpor embargos declaratórios, alegando omissão no acórdão proferido pela corte de segundo grau. Persistindo a omissão, de nada adianta o legitimado interpor recurso especial tratando apenas do assunto que efetivamente não foi solucionado pela corte de origem. É o que estabelece o enunciado n. 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo"*. A solução adequada é a interposição de recurso especial, suscitando-se ofensa aos artigos 165, 458, inciso II, e 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil. Outro caminho idôneo consiste na apresentação de segundos embargos declaratórios dirigidos à própria corte de origem. Persistindo o silêncio do tribunal **a quo**, resta a primeira solução: interposição de recurso especial com esteio nos artigos 165, 458 e 535. Se constatar a existência da omissão discutida no especial, o Superior Tribunal de Justiça deve dar provimento ao recurso, cassar o acórdão proferido nos embargos declaratórios e determinar o retorno dos autos à corte de origem, com o que fica preservada a integral prestação jurisdicional perante o tribunal **a quo**, que é fundamental, mormente quando o silêncio ocorre em relação à prova tida pelo embargante como essencial ao desate da causa (In *ob. cit.*, pp. 693-694).

Na mesma linha, firmou a jurisprudência desta Corte. A título de ilustração, seguem os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. APELAÇÃO. SUPOSTA INTEMPESTIVIDADE. OMISSÃO CONFIGURADA.

1. Apesar de provocada pela via dos embargos declaratórios, a Corte de origem não se pronunciou efetivamente sobre a tese articulada em torno da intempestividade da apelação manejada pela parte adversa, que teria sido interposta após o prazo de 15 (quinze) dias.

2. Caracterizado o vício da omissão, impõe-se o reconhecimento de ofensa ao art. 535 do CPC, anulando-se o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração e determinando-se o retorno dos autos à origem para que seja sanada a eiva apontada, prejudicada a análise dos demais tópicos.

3. Recurso especial provido (REsp 1.185.288/RJ, de minha relatoria, DJe de 17.05.10 – sem destaque no original);

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO - CAT. LEGITIMIDADE DA PARTE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. ARGUIÇÃO. ARTIGO 535, II, CPC. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. O acórdão recorrido restringiu-se a assentar que o recurso da recorrente não encontra qualquer amparo legal, razão porque teria sido rejeitado. Nesse contexto é sabido ser nula a sentença quando o juiz deixa de apreciar questões suscitadas nos autos, relevantes para o desfecho da causa. No presente caso, o aresto deixou de analisar questão fundamental, qual seja, a de que na ocasião do evento lesivo inexistia determinação legal quanto à emissão da CAT.

2. Verifica-se a ocorrência de omissão consubstanciada na ausência de resposta e fundamentação adequadas à questão de relevância ao presente processo, mesmo após a oposição de embargos de declaração.

3. Recurso especial provido com a determinação de retorno dos autos à Corte de origem (REsp 1.189.433/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.06.10);

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. JUROS PROGRESSIVOS. APLICAÇÃO DE ÍNDICE EM VALOR SUPERIOR AO DEVIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NULIDADE DO ACÓRDÃO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Havendo omissão no acórdão proferido em sede de apelação, deve essa ser sanada via embargos de declaração, sob pena de nulidade do decisório.

2. É essencial para o deslinde da controvérsia que o Tribunal de origem, examinando o conjunto fático-probatório constante dos autos, manifeste-se a respeito da ocorrência da aplicação do índice de 18, 35%, referente ao mês de fevereiro de 1989, pela recorrente.

3. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a nulidade do acórdão proferido em embargos de declaração, determinando-se o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que seja sanada a omissão (REsp 988.156/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.07 – sem destaque no original).

Não se pode admitir a aplicação da norma contida no art. 249, § 2º, do CPC no âmbito do recurso especial, para o efeito de superar a nulidade existente no aresto recorrido e partir, diretamente, ao exame do mérito recursal, seria o mesmo que afastar a exigência do prequestionamento, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da norma constitucional.

Desta feita, por sua prejudicialidade, passo ao exame da ofensa ao art. 535, II, do CPC.

A recorrente alega que o Tribunal de origem, ao rejeitar os embargos de declaração, opostos com a finalidade de prequestionamento, acabou por ofender o dispositivo em referência. Por esse motivo, requereu a anulação do acórdão recorrido para que novo julgamento seja realizado.

Verifico, porém, que a recorrente deixou de indicar os motivos pelos quais os textos legais, supostamente omitidos, influenciariam no julgamento da presente demanda. Restringiu-se a expor argumentos genéricos, que não traduzem especificamente em que consistiu a suposta negativa de prestação jurisdicional.

Embora tenha apontado genericamente a existência de omissão, não demonstrou – e isso era o mais importante – por que o Tribunal de origem estava obrigado a manifestar-se sobre essa alegação e como ela influiria no julgamento do feito.

Por elucidativo, reproduzo excerto das razões do especial:

5. Inicialmente cumpre advertir que, ao rejeitar os embargos de declaração com finalidade prequestionatória, acabou por se ofender ao disposto no art. 535, II, do Código de Processo Civil, daí porque ser de rigor o reconhecimento da negativa de sua vigência.

6. Entende-se ser impossível o acesso ao recurso especial se a tese jurídica não foi objeto de debate na Corte de origem, o que não se supre pela interposição de recurso de embargos de declaração, se estes não foram acolhidos para sanar a omissão. Neste caso, o recurso especial deve ser interposto para que o órgão julgador recorrido emita juízo explícito sobre os preceitos legais relativos ao mérito da causa (tese jurídica).

7. Neste sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"Quando, no acórdão recorrido, a questão federal não foi expressamente prequestionada, deve o recorrente opor, embargos de declaração e, persistindo a omissão, o recorrente, ao interpor recurso especial, deve atacar a violação ao artigo que trata da omissão do julgado, ou seja, 535, II, do CPC, não devendo insistir em indicar os dispositivos que entendeu omissos".

8. Nada obstante, porque o E. Supremo Tribunal Federal, em entendimento diametralmente oposto, tem conhecido do recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração, impõe-se, em nome da eventualidade da defesa, seja também tratada a tese jurídica (e-STJ fls. 154-155).

Assim, é impossível conhecer-se do apelo especial pela alegada violação do artigo 535, II, do CPC nos casos em que a arguição é genérica por incidir a Súmula 284/STF, assim redigida: "[é] inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Ainda que assim não o fosse, observo, também, que a recorrente não demonstrou nos declaratórios a omissão que entendeu presente no julgado, limitando-se a indicar dispositivos legais, em relação aos quais pretendia que o órgão julgador se manifestasse, e a fazer remissão ao item 28 da petição de interposição do recurso de agravo. Transcrevo o inteiro teor de seus argumentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÉDICO, nos autos de RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO acima identificado, em que consta como agravada a FAZENDA NACIONAL, vem, (...) com fundamento no art. 535, II, do Código de Processo Civil, interpor o presente RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, a fim de que do v. Acórdão se faça expressamente constar à alusão aos arts. 1º, IV, 3º, I, 5º, XVIII, 6º, 146, III, "c" e 174, § 2º, todos da Constituição Federal; arts. 471, 667, 649 e 685, todos do Código Processo Civil; art. 184 do Código Tributário Nacional; arts. 10 e 11, § 1º, ambos da Lei 6.830/80; arts. 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, todos da Lei 5.764/71, conforme, aliás, expressamente se requereu no item 28 da petição de interposição do recurso de agravo, sem o que impossível se mostra a possibilidade de interposição dos recursos extraordinário e especial, respectivamente (e-STJ fls. 132-133).

Ora, cabia à recorrente demonstrar nos embargos de declaração o porquê da análise dos dispositivos legais indicados ser essencial à solução da controvérsia, e, não, simplesmente, limitar-se a requerer que o acórdão faça constar alusão quanto aos mesmos.

A consequência lógica do não-preenchimento do requisito previsto no inciso II do art. 535 do CPC – repita-se, a demonstração da ocorrência de omissão no julgado – é a rejeição dos embargos, o que se deu na hipótese. O Tribunal Regional analisou o recurso a partir dos argumentos que lhe foram postos; daí, não poderia a embargante, naquele momento, pretender que Turma Julgadora fosse ao agravo de instrumento para, reanalisando-o, concluir pela existência de pontos não enfrentados.

Desse modo, pelos fundamentos apresentados, rejeito a prejudicial suscitada.

A ausência de prequestionamento

Prosseguindo, observo que o recurso especial não comporta conhecimento quanto à alegada violação dos arts. 649, IV, do Código de Processo Civil; 184 do Código Tributário Nacional; 10 e 11, § 1º, da Lei 6.830/80; 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, da Lei 5.764/71, em virtude da ausência do requisito do prequestionamento.

O voto condutor do julgamento apreciou a possibilidade de o faturamento ser penhorado sob a ótica, exclusiva, do art. 620 do Código de Processo Civil, ressaltando, ainda, que a executada foi citada e intimada para pagar ou garantir a execução e que não foram localizados bens para a penhora.

Por elucidativo, importa consignar o seu conteúdo:

A agravante foi citada e intimada para pagar ou garantir a execução, com a nomeação de bens à penhora, nos termos dos artigos 8º e 9º, da Lei de Execução Fiscal.

Não foram localizados bens para a penhora. A Procuradoria da Fazenda Nacional, então, indicou à penhora 10% sobre o faturamento da empresa-executada. O digno Juízo de Primeiro Grau deferiu a penhora de 5%.

Faturamento é bem penhorável.

O artigo 620, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que a execução deve se processar pelo modo menos gravoso ao devedor, não visou, por outro lado, inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor.

A penhora em percentual razoável do faturamento atende aos interesses de credor e devedor, pois a empresa continuará a realizar as suas atividades, com a perspectiva do gradual pagamento do débito executado.

Neste sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

.....
Por estes fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento (e-STJ fls. 105-107).

Não houve, portanto, o enfrentamento, ainda que implícito, dos referidos dispositivos – que dizem respeito, em síntese, à impossibilidade de a penhora recair sobre os bens que a lei declara absolutamente impenhoráveis e ao regime jurídico das cooperativas –, malgrado a recorrente tenha aviado embargos de declaração com o fim de vê-los examinados.

Além disso, o reconhecimento de eventual omissão que pudesse justificar o retorno dos autos à origem somente seria possível se houvesse fundamentação suficiente quanto à ofensa ao art. 535 do CPC, hipótese inexistente no caso dos autos.

Desta feita, tenho como incontestável a incidência do óbice da Súmula 211 desta Corte, que assim dispõe: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

Dissídio Pretoriano

Quanto à divergência jurisprudencial, seu exame também fica impossibilitado em razão de a matéria tratada no aresto paradigma – qual seja, a possibilidade de a penhora recair sobre percentual do faturamento de uma sociedade cooperativa – não ter sido prequestionada no acórdão recorrido. Ausente, portanto, a similitude fática entre os julgados confrontados.

Mérito

Ultrapassadas as preliminares acima, conheço do recurso quanto ao art. 620 do Código de Processo, único dispositivo efetivamente analisado na origem.

A jurisprudência desta Corte é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa – desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (arts. 655-A, § 3º, do CPC) e o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial – sem que isto configure violação do princípio exposto no art. 620 do CPC, segundo o qual "[q]uando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

A título de exemplo:

EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. QUESTÃO PRECLUSA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 620 DO CPC. NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. SÚMULA 7 DO STJ.

.....
.....

3. Esta Corte, ante a interpretação sistemática dos arts. 620 e 655 da Lei Processual Civil, manifestou-se pela possibilidade de a penhora incidir sobre o faturamento sem que haja afronta ao princípio da menor onerosidade da execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. In casu, a recorrente não pagou o débito, não apresentou outros bens e não comprovou que a constrição no percentual determinado sobre o faturamento mensal poderá comprometer o funcionamento de suas atividades como afirmado pelo acórdão recorrido. Demais disso, a verificação da inobservância ao artigo 620 do CPC demanda o revolvimento de circunstâncias fáticas e probatórias presentes nos autos, encontrando óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.128.456/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 23.06.09);

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – SOCIEDADE COOPERATIVA – POSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE NUMERÁRIO EM CAIXA, SUFICIENTE PARA A GARANTIA DO DÉBITO – CONSTRIÇÃO QUE NÃO AFETA O FUNCIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO – PRECEDENTES.

1. Esta Corte, ante a interpretação sistemática dos arts. 620 e 655 da Lei Processual Civil, manifestou-se pela possibilidade de a penhora incidir sobre o faturamento sem que haja afronta ao princípio da menor onerosidade da execução.

2. A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender, não apenas à forma menos onerosa para o devedor, mas também às circunstâncias do caso concreto e à potencialidade de satisfazer o crédito.

3. In casu, observa-se que, apesar de citada, a recorrente não pagou o débito, muito menos logrou êxito em apresentar outros bens passíveis de penhora, o que possibilitou a adoção de medida extrema.

4. Diante da inércia da recorrente em solver o débito ou disponibilizar bens para realização de penhora, conclui-se a única via para satisfação do direito do credor é a penhora sobre o faturamento da empresa, no percentual de 10%, que não afeta o livre desempenho das atividades econômicas da instituição.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 771.549/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.11.08);

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. ARTS. 620 E 655 DO CPC. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPROVIMENTO.

I - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que é possível a penhora recair sobre o faturamento de empresa, observadas as cautelas necessárias ao bom desempenho de suas atividades normais, sem que tal fato importe ofensa ao princípio da menor onerosidade para o devedor, previsto no art. 620 do CPC.

II - A discussão quanto à viabilidade da constrição de outros bens demanda o reexame de matéria fática, circunstância obstada pela Súmula 7 desta Corte.

III - A questão da inviabilidade do funcionamento da empresa pela penhora de 10% sobre seu faturamento não foi discutida no acórdão a quo. Ausente, portanto, o indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, neste ponto.

IV - Agravo improvido (AgRg no Ag 721.719/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 13.10.08);

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Recurso especial improvido (REsp 994.089/RJ, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.08).

No caso dos autos, a Corte de origem ressaltou que a executada foi citada e intimada para pagar ou garantir a execução, com a nomeação de bens a penhora. Entretanto, não houve a localização de bens. Em consequência, a Procuradoria da Fazenda Nacional indicou à penhora o percentual de 10% (dez por cento) do faturamento, tendo sido deferido pelo Juízo de 1ª grau o percentual de 5% (cinco por cento).

Não se preocupou, portanto, a cooperativa em oferecer outros bens idôneos a garantirem a execução, que permitissem, assim, aferir a existência de meio menos gravoso.

Quanto ao ponto, invoco trecho do percuciente voto proferido pelo eminente Ministro Herman Benjamin, nos autos do REsp 783.227/SP, destacado no memorial apresentado pela União (Fazenda Nacional), *in verbis*:

Quanto à afronta ao disposto no art. 620 do CPC, matéria não conhecida pelo Relator, destaco que o princípio da menor onerosidade não pode ser entendido como óbice à efetividade do processo de execução. A própria dicção do dispositivo legal revela que sua aplicação se restringe aos casos em que o credor puder satisfazer-se por outros meios. Veja-se:

"Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor."

Por óbvio, meio menos oneroso para o devedor não se confunde com aquele que lhe assegure a inadimplência. Não cabe afastar um meio (penhora sobre o faturamento) sob o argumento de que é gravoso, sem que haja outro idôneo e eficaz para a satisfação do crédito.

Não se pode perder de vista que o processo de execução visa à satisfação do credor e é orientado pelo Princípio da Efetividade. Assim, não se pode conceber que o art. 620 seja invocado para garantir a ineficácia da execução.

No caso em tela, conforme consigna o acórdão recorrido, *"a agravante foi citada, não pagou o débito excutido, deixou de indicar os bens aptos à satisfação do crédito excutido"* (fl. 300). **Premiar tal atitude, com a desconstituição da penhora sobre o faturamento, configuraria atentado à própria dignidade da Justiça, corroborando a prática de atos que procuram obstar a execução judicial.** É o que se extrai da leitura do art. 600, IV, do CPC, que desde a sua redação original dispunha:

"Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que:

IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução."

Ressalte-se que a recente alteração promovida pela Lei 11.382/2006 apenas acrescentou o prazo de 5 (cinco) dias para a indicação e a necessidade de apontar os valores dos bens arrolados:

"Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores."

O quase esquecido art. 600, IV, do estatuto processual, representa a positivação dos Princípios da Lealdade e da Boa Fé no processo de execução, recriminando a conduta do executado que não revela seu patrimônio, apostando na ineficiência do aparelho estatal na identificação e constrição de seus bens.

A efetividade do processo de execução relaciona-se, assim, à dignidade do próprio Judiciário, Poder incumbido de fazer atuar o Direito. Isso porque a debilidade dos meios de coerção coloca em risco, em última análise, a própria força do Direito.

Observa-se, pois, que a violação do art. 620 do CPC pressupõe a existência de mais de um meio eficaz à satisfação do crédito. Na hipótese dos autos, o devedor pretende desconstituir a penhora, sem apontar outros bens idôneos sobre os quais a constrição possa recair. Desse modo, não está configurada a afronta ao referido dispositivo (sem destaque no original).

Desse modo, ante os fundamentos expostos, deve ser negada a pretensão recursal.

Possibilidade de a penhora recair sobre o faturamento da sociedade cooperativa

Para a hipótese de se admitir superáveis os óbices ao conhecimento do recurso especial no tocante aos demais dispositivos legais indicados como malferidos, passo ao exame da problemática referente à possibilidade de a penhora recair sobre o faturamento da sociedade cooperativa.

A eminente Ministra Eliana Calmon, com apoio em voto proferido pelo saudoso Ministro Franciulli Netto, nos autos do REsp 715.084/SP, que também acompanhei, entendeu que, por tratar-se a recorrente de "sociedade cooperativa, sem fins lucrativos, cujo capital é variável e pode ser constituído com bens e serviços e seu lucro depende do resultado apurado ao final do exercício social", não é possível a penhora sobre o seu faturamento.

Não obstante tenha acolhido a mesma tese, reformulo meu entendimento para superá-la, pelas seguintes razões.

A questão em exame envolve apenas o aspecto processual referente à possibilidade de penhora do faturamento de uma sociedade cooperativa. O tema não se confunde com a tributação do próprio faturamento das cooperativas, em especial, quando operadoras de plano de saúde (a qual se encontra em debate perante a Segunda Turma, nos autos do REsp 829.458/MG).

A nova redação atribuída ao art. 655 do CPC pela Lei 11.382/06 prevê, de forma expressa, a possibilidade de a penhora recair sobre percentual do faturamento de empresa devedora, sem nada distinguir sobre a sua forma de organização.

De outro turno, a cooperativa é uma sociedade de pessoas, constituída para prestar serviços aos seus associados; estes, ao celebrarem contrato de sociedade cooperativa, obrigam-se, reciprocamente, a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro (Lei 5.764/71, arts. 3º e 4º).

O sistema cooperativo, portanto, impõe a participação de seus associados na manutenção da cooperativa. Em consequência, a Assembleia Geral Ordinária deliberará sobre "a destinação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobras apuradas ou rateio das perdas decorrentes da insuficiência das contribuições para cobertura das despesas da sociedade, deduzindo-se, no primeiro caso as parcelas para os Fundos Obrigatórios" (Lei 5.764/71, art. 44, II).

A existência de sobras líquidas ou de prejuízos, embora verificada apenas no balanço do exercício, depois de excluídas as despesas gerais da sociedade, permite concluir que na cooperativa há ingresso de receita, com a qual, inclusive, devem ser pagos os seus tributos.

Além disso, a Lei das Cooperativas menciona a possibilidade da existência de resultados positivos, obtidos pela própria cooperativa com a prática de atos não-cooperativos (Lei 5.764/71, art. 111).

Auferindo, portanto, receita própria, torna-se possível a penhora de percentual do faturamento, na hipótese em que a sociedade cooperativa não paga de forma voluntária os seus débitos, ou não indica outros bens para sua garantia, sendo irrelevante o fato de tratar-se de uma sociedade de pessoas, sem fins lucrativos.

Nesse sentido, foi o pronunciamento do Ministro Herman Benjamin no já mencionado REsp 783.227/SP, *in verbis*:

Ora, o pagamento de tributos é obrigação da Cooperativa, pessoa jurídica distinta de seus cooperados, e o cumprimento desse dever se dá com os recursos por ela auferidos. Assim, é estéril a discussão acerca do nome conferido às receitas (faturamento, arrecadação, etc.) obtidas pela Cooperativa, já que essas compõem o seu patrimônio e respondem pelas obrigações da sociedade.

Note-se que a apuração de sobras ou o rateio das perdas entre os cooperados (que se dá ao final do exercício) faz-se após o pagamento das despesas da sociedade. Incluem-se nessas despesas o pagamento de tributos, seja voluntário ou por execução forçada.

Na mesma linha, manifestou-se o Ministro João Otávio de Noronha, ao proferir voto-vista nos autos do recurso especial em referência, *in verbis*:

Com relação à possibilidade de penhorar o faturamento da executada, mesmo sendo sociedade cooperativa, entendo que os fundamentos apresentados no voto dissidente são irretocáveis, no sentido de que o pagamento de tributos é obrigação da cooperativa, pessoa jurídica distinta de seus cooperados, sendo que o cumprimento desse dever se dá com os recursos auferidos por ela, bem como o fato de as sobras ou eventuais rateios de perdas serem apurados após descontados os valores reservados ao fisco.

Descabe, pois, afastar a possibilidade de a penhora incidir sobre percentual do faturamento das sociedades cooperativas. Seria criar hipótese de impenhorabilidade de bens, além daquelas previstas na lei processual, concedendo a esse tipo de sociedade alvará autorizador de "calote" em seus credores, na hipótese em que não houver o pagamento voluntário, ou não forem oferecidos outros bens para garantirem eventual dívida. Tenho que essa conclusão culminaria por desprestigiar as cooperativas e dificultar o seu acesso às linhas de crédito, tantas vezes necessárias ao exercício de suas operações.

Com essas considerações, **peço vênia à Ministra Eliana Calmon para conhecer em parte do recurso especial e negar-lhe provimento.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0000441-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.172.685 / SP

Números Origem: 200703000329555 296886

PAUTA: 26/08/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo da Sra. Ministra-Relatora, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Brasília, 02 de setembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.685 - SP (2010/0000441-3)

EMENTA

SEM ME PRONUNCIAR A RESPEITO DA POSSIBILIDADE OU NÃO DA PENHORA DO "FATURAMENTO" OU "SOBRAS LÍQUIDAS" DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS - MATÉRIA QUE NÃO PODE AQUI SER ANALISADA, COM A DEVIDA VÊNIA DA MIN. ELIANA CALMON, RELATORA, ACOMPANHO A DIVERGÊNCIA INAUGURADA PELO MIN. CASTRO MEIRA PARA CONHECER PARCIALMENTE E, NESSA PARTE, NEGAR PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO ESPECIAL.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro nos permissivos do art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal de 1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que admitiu, em sede de execução fiscal, a penhora sobre o faturamento de sociedade cooperativa, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 102/108):

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 improvido.

Os aclaratórios interpostos foram rejeitados (e-STJ fls. 135/141).

Em seu recurso especial alega a sociedade cooperativa que houve violação aos artigos 535, II, 620 e 649, do CPC; art. 184, do CTN; arts. 10 e 11, §1º, da Lei n. 6.830/80; arts. 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, da Lei n. 5.764/71. Afirma que o faturamento bruto das sociedades cooperativas não é bem penhorável pois as mesmas não têm fins lucrativos, de modo que os valores que arrecada pertencem aos cooperados, e que a periodicidade de seu balanço não é mensal, o que inviabilizaria a penhora. Procura demonstrar o dissídio com o REsp. n. 715.084/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 6.9.2005 (e-STJ fls. 149/164).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra-razões nas e-STJ fls. 183/190.

O recurso não foi admitido na origem, tendo subido a esta Corte de Justiça mediante agravo de instrumento (e-STJ fls. 192/194 e 202).

A Relatora, Min. Eliana Calmon, muito embora tenha verificado a ocorrência de nulidade no feito por ter sido violado o art. 535, II, do CPC, deixou de declará-la para aplicar o art. 249, §2º, do CPC, na medida em que votou no mérito em favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade. Afirmou a relatora, transcrevendo o voto do Min. Franciulli Netto no REsp. n. 715.084/SP (Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 6.9.2005), que o a sociedade cooperativa não tem faturamento, pois não tem o intuito lucrativo e em seu balanço comporta somente verificar se as contribuições dos cooperados foram ou não suficientes para fazer frente às despesas do exercício, procedendo-se na forma do art. 44, II, da Lei n. 5.764/71 (destinação das sobras positivas, após as destinações obrigatórias, proporcionalmente aos cooperados ou para outras destinações de interesse da cooperativa, ou rateio das despesas entre os cooperados).

Em seguida, o Min. Castro Meira inaugurou a divergência, no que foi seguido pelos Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin. No seu voto, considerou o Min. Castro Meira que não se pode admitir a aplicação da norma contida no art. 249, § 2º, do CPC no âmbito do recurso especial e que não houve a alegada violação ao art. 535, II, do CPC, porque fundado o recurso especial em alegação genérica (aplicação da Súmula n. 284/STF), além da petição dos aclaratórios interpostos na origem não mencionar a necessidade da análise dos dispositivos legais violados. Entendeu também ausente o prequestionamento dos arts. 649, IV, do Código de Processo Civil; 184 do Código Tributário Nacional; 10 e 11, § 1º, da Lei 6.830/80; 3º, 4º, 7º, VII, 21, IV, 44, II e 89, da Lei 5.764/71 (incidência da Súmula n. 211/STJ). Excluiu o exame pelo dissídio, em razão da falta de prequestionamento das teses levantadas no acórdão paradigma. Conheceu do recurso apenas quanto ao art. 620, do CPC, para negar-lhe provimento ao fundamento de que devidamente preenchidos os requisitos para tal tipo de constrição. *In obiter dictum*, posicionou-se pela possibilidade de a penhora recair sobre o faturamento da sociedade cooperativa.

Sensível aos temas levantados, pedi vista.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No exame da admissibilidade, comungo do entendimento do Min. Castro Meira. A petição dos aclaratórios na origem somente tem uma folha e meia, não havendo como dela extrair a importância dos artigos de lei invocados pela embargante a fim de que a Corte de Origem sobre eles se pronunciasse, sendo vazia de conteúdo (e-STJ fls. 132/133). Não houve, portanto, violação ao art. 535, II, do CPC.

A tese invocada em sede de recurso especial (impenhorabilidade do "faturamento" das sociedades cooperativas) não restou assim prequestionada na origem, razão pela qual não merece exame por esta Casa nesta oportunidade.

Quanto à violação ao art. 620, do CPC, dos autos retiro que o faturamento foi penhorado no percentual de 5% (cinco por cento), tendo sido fixado esse percentual com olhos nos arts. 612 e 620, do CPC, que estabelecem em conjunto o princípio da proporcionalidade aplicado ao processo executivo: **a execução deve realizar-se no interesse do credor e pelo modo menos gravoso ao devedor**. A este respeito, assim se manifestou o Tribunal de Origem (e-STJ fl. 105):

Não foram localizados bens para a penhora. A Procuradoria da Fazenda Nacional, então, indicou à penhora 10% sobre o faturamento da empresa-executada. **O digno Juízo de Primeiro Grau deferiu a penhora de 5%.**

Faturamento é bem penhorável.

O artigo 620, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que a execução deve se processar pelo modo menos gravoso ao devedor, não visou, por outro lado, inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor.

A penhora em percentual razoável do faturamento atende aos interesses de credor e devedor, pois a empresa continuará a realizar as suas atividades, com a perspectiva do gradual pagamento do débito executado.

Portanto, foram cumpridos os requisitos necessários para estabelecer-se a penhora sobre o faturamento.

Desta forma, sem me pronunciar a respeito da possibilidade ou não da penhora do "faturamento" ou "sobras líquidas" das sociedades cooperativas - matéria que não pode aqui se analisada, entendo que o recurso especial não merece provimento.

Ante o exposto, com a devida vênia da Min. Eliana Calmon, relatora, acompanho a divergência inaugurada pelo Min. Castro Meira para CONHECER PARCIALMENTE e, nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte, NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0000441-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.172.685 / SP

Números Origem: 200703000329555 296886

PAUTA: 07/12/2010

JULGADO: 07/12/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIMED SÃO JOSE DO RIO PRETO - COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO

ADVOGADO : JOSÉ GERALDO JARDIM MUNHOZ E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Castro Meira, a Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon."

Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 07 de dezembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária