**MODELO DE PETIÇÃO**

**PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENHORA. FATURAMENTO. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO BEM. MULTA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RAZÕES RECURSAIS**

Rénan Kfuri Lopes

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de ...

Agravo de Instrumento n. ...

(nome), já qualificada nos autos, por seu advogado *in fine* assinado, nos autos em epigrafe, que promove contra o MUNICIPIO DE ..., vem respeitosamente, interpor RECURSO ESPECIAL, visando à reforma do v. arresto proferido pela Colenda ...° Câmara Cível dessa Egrégia Corte, fazendo-o com base no artigo 105, III, “a” e "c”, da Constituição Federal, no artigo 1.029 do Código de Processo Civil, na Súmula 83 do STJ e demais legislação vigente, pelas razões a seguir apresentadas.

Segue em anexo os comprovantes de pagamento de custas e do porte de remessa e retorno dos autos, bem como o pagamento da guia no valor de R$ ...

AO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autos: Agravo de Instrumento n. ...

Recorrente: ...

Recorrido: ...

EMINENTES MINISTROS,

I. BREVE RESUMO DOS FATOS

1. Trata-se de Execução Fiscal promovida pelo Município de ...em face da ... cujo objeto é a CDA n. ..., referente a diferenças de ISS supostamente devidas pela ora Recorrente pela prestação de serviço de concretagem no período de ... a ...

2. Em ..., a CDA foi alterada passando a constar o valor de RS ... (...). Diante de referida mudança, a Recorrente foi citada, sendo que ofereceu como garantia do juízo “...".

3. Todavia, a Municipalidade recusou o terreno ofertado, alegando em suma que o bem oferecido foge a ordem prevista no art. 11, da Lei n°6.830/80, além de não ser de propriedade da ora Recorrente.

4. Conclusos os autos, o MM. Juízo do Cartório da Divida Ativa de ...deferiu a penhora sobre o faturamento da Recorrente, no percentual de 5%, a ser detido e depositado em conta judicial, nomeando como depositário um representante legal da Recorrente.

5. À época esclareceu-se que o imóvel oferecido originariamente era de propriedade da Recorrente, mas para se evitar maiores discussões a respeito, bem como para demonstrar a boa-fé da Recorrente, restou protocolada, em ..., uma petição com pedido de reconsideração perante o Juízo *a quo*, oferecendo outro bem IMÓVEL para penhora, qual seja: “...", juntando a respectiva matricula atualizada e avaliação.

6. Da decisão que deferiu a penhora de 5% do faturamento da Recorrente, esta interpôs Agravo de Instrumento.

7. Ao recurso de agravo de instrumento foi negado seguimento em despacho proferido pelo Exato Relator do E. Tribunal do ..., sendo interposto Agravo Interno com fundamento no artigo 1.021, §4º do CPC.

8. Ao Agravo Interno foi negado provimento nos seguintes termos: "*O Agravo Legal e manifestamente infundado, tornando aplicáveis as sanções previstas no parágrafo 4° do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, multa de 1% do valor da causa, monetariamente corrigido pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça até o pagamento, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. Assim, nega-se provimento ao Agravo Legal, impondo-se sanções ao Agravante nos termos do Acórdão*."

9. Desta decisão, a Recorrente opôs Embargos de Declaração, na tentativa de sanar omissões, contradições existentes na fundamentação do acórdão, em face da inexistência de manifestação expressão do v. acórdão quanto aos argumentos e artigos apresentados na peça processual, com a finalidade maior de prequestionamento do feito.

10. Todavia, em acórdão publicado em ..., a ...ª Câmara Cível do Tribunal do ... decidiu por negar provimento aos Embargos e condenar a ora Recorrente ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, até o efetivo pagamento.

11. Assim, ao negar seguimento ao Agravo de Instrumento, de modo a corroborar o entendimento do MM. Juízo do Cartório da Divida Ativa de ...que deferiu a penhora sobre o faturamento da Recorrente, não restou outra alternativa â Recorrente, a não ser apresentar agravo interno para apreciação do órgão colegiada sobre a matéria, com o fundamento de levar a apreciação aos tribunais superiores.

12. Contudo, não foi esse o entendimento do v. acórdão do agravo interno, decisão esta que merece reforma, pois além de apreciar a matéria de mérito de forma equivocada em comparado com a jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais, ao considerar a penhora sob o faturamento na mesma gradação legal de penhora em dinheiro, aplicou de forma infundada a multa máxima de 1% sob o valor da causa em Agravo interposto com fundamento no art. 1.021 do CPC.

13. Ademais, quando questionado em sede de Embargos de Declaração, tal ausência de fundamentação (omissão, contradição e em especial prequestionamento) a Colenda ...ª Câmara do Tribunal do ..., aplicou multa de 1% do valor causa atualizado no acórdão dos Embargos de declaração, de forma infundada e desnecessária conforme restara demonstrado no presente recurso, uma vez que diverge do entendimento da jurisprudência majoritária, impondo-se o conhecimento e provimento do deste Recurso nesta instancia superior.

II. PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

II.A. PRELIMINAR — DO DEPÓSITO JUDICIAL DA MULTA DO ART. 1.021, §4° E ART. 1.026, §§ 2º E 3º, AMBOS DO CPC

14. Primeiramente, insta salientar que em acórdão publicado em ..., acordaram os desembargadores da ...° Câmara Cível deste Tribunal em negar provimento ao Agravo Interno interposto pela ..., em face da decisão do relator que negou seguimento ao agravo de instrumento, aplicando multa de 1% sobre o valor da causa atualizado, fundamentado no parágrafo quarto do artigo 1.021 do CPC, aos seguintes termos

"*O Agravo Legal é manifestamente infundado, tornando aplicáveis as sanções previstas no parágrafo 4° do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, multa de 1% do valor da causa, monetariamente corrigido pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça até o pagamento, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor*." (grifo nosso)

15. Já em sede de decisão de Embargos de Declaração, publicada em ..., acordaram os desembargadores no seguinte sentido:

"*Assim, nega-se provimento aos Embargos de Declaração, condenando-se a Embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, até o efetivo pagamento*.” (grifo nosso)

16. Diante de referido panorama, e com objetivo de interpor o presente recurso, a Recorrente realizou o mencionado depósito judicial, conforme guia em anexo, tendo como base o valor atualizado da causa ate ...no montante de R$ ... (...), seguindo os índices da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do ..., conforme cálculo em anexo.

17. Efetuou a recorrente o deposito judicial em guia emitida pelo E. Tribunal do ..., no valor de R$ ... (...)referente ao agravo regimental e ao acórdão dos Embargos de Declaração.

II.B. PRELIMINAR — DA NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 07/STJ

18. Primeiramente, necessário é destacar a necessidade de processamento do presente especial, bem como da inaplicabilidade da Súmula n° 07/STJ.

19. A matéria ora levada á apreciação desse Egrégio Tribunal não demanda qualquer reexame de provas. Trata-se de questão eminentemente objetiva, apreciável de oficio, e que envolve a questão da ilegalidade da penhora de faturamento, diante da presença de outros bens nomeados à penhora e da ilegalidade da aplicação da multa em acórdão de Agravo Interno e de Embargos de Declaração, quando os recursos forem interpostos no intuito de obter pronunciamento do Órgão colegiado sobre o tema controvertido, a fim de esgotar as instâncias ordinárias.

II.C. PRELIMINAR - DO PREQUESTIONAMENTO SÚMULA N. 98

20. Impende destacar que a ora Recorrente apresentou Embargos de Declaração em ..., com o intuito de sanar omissões e contradições, em especial com a finalidade de prequestionar os artigos e a matéria a ser discutida em sede Recurso Especial, diante da ausência de manifestação no v acórdão, conforme expressamente requerido no texto da petição de embargos, frise-se novamente:

“*Para tanto, neste contexto cumpre o recebimento dos presentes embargos, para fins de prequestionamento da matéria, em que pese à apreciação dos artigos 11, inciso I, IV e parágrafo único da Lei 6830/80, em conjunto com o art. 805 do CPC e do inciso I do art. 1.019 do CPC.*

*Destarte, é imprescindível o recebimento dos presentes embargos, para que se esclareçam as questões nele ventiladas, para que os recursos excepcionais não sucumbam ante aos óbices das Sumulas 98 do STJ, 282 e 356 do STF*”

21. Ademais, destaca-se que os artigos 835, inciso I e 854 do CPC, com a redação da Lei n° 11.382/2006 aplicáveis à Execução Fiscal, por força do artigo 1° da Lei n° 6.830/80, e artigos 932, III e IV, art. 1.026, §§ 2º e 3 do CPC, foram devidamente mencionados no corpo do v. acórdão, tanto do agravo quanto dos embargos de declaração, ora recorrido.

22. É certo que o STJ entende a teor da sua Súmula n° 98, que "*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*".

23. Portanto, configurada a existência de prequestionamento dos artigos supra mencionados, objeto de discussão no presente Recurso especial, constante na negativa de vigência pela alínea “a" e divergência jurisprudencial constante na aliena "c”, ambos do artigo 105, III da CF.

II.D. DO CABIMENTO DO RECURSO PELO ART. 105, III, "A” E "C", DA CF,

24. O v. acórdão proferido pela Colenda ...ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do ... merece análise e reforma dos seguintes termos:

*“(...) A Decisão Interlocutória, por cópia em fl. ..., encontra-se correta, porque dada a oportunidade ao agravante de nomear bens à penhora, optou por indicar bens fora da ordem legal, sendo que a Lei n°6.830/80) no artigo 11, inciso I, indica o dinheiro, na ordem de gradação legal, que abrange a penhora de renda, cujo percentual cão onera a empresa devedora, não violando o disposto no artigo 805 do Código de Processo Civil e está em consonância com os artigos 835, inciso I e 834 do Diploma Processual, com a redação da Lei n° 11.382/2006, aplicáveis à Execução Fiscal, por força do artigo 1° da Lei n°6.830/80*.

*O Agravo Legal é manifestamente infundado, tornando aplicáveis as sanções previstas no parágrafo 4° do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, multa de 1% do valor da causa, monetariamente corrigido pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça ate o pagamento, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao deposito do respectivo valor. Assim, nega-se provimento ao Agravo Legal, impondo-se sanções ao agravante, nos termos do acórdão*."

25. Com fundamento na alínea "a” do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, tem-se a que a matéria objeto do presente apelo especial é a reforma do v. acordão quanto á contrariedade e negativa de vigência ao constante nos artigos 805, 835, incisos I, V e X e 834 do CPC e ao artigo 11, I, IV e §1° da Lei n' 6.830/80, no que tange à ordem legal de nomeação de bens à penhora e ao dispositivo que garante ao devedor que a Execução se faça de modo menos gravoso, posto equivocado entendimento que penhora sob o faturamento equivale à penhora em dinheiro.

26. A negativa de vigência restará amplamente discutida no tópico de DIREITO do presente recurso.

27. O v. acórdão, ao decidir que o despacho interlocutório originário (do juízo de ...) que deferiu a penhora sobre o faturamento da empresa estava correto, além de negar vigência, divergiu do entendimento de outro Tribunal, e em especial da jurisprudência deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça (pelo qual cabe o presente recurso, pela alínea "c”, do inciso III, do artigo supra citado).

28. Ademais, merece reforma o v. acórdão de agravo interno e embargos de declaração quanto à aplicação das multas, no primeiro de agravo de 1% sobre o valor atualizada da causa, constante no parágrafo 4° do artigo 1.021 do CPC, e no segundo de embargos de declaração de 1% do valor da causa, constante no art. 1.026§§ 2º e 3º do CPC, posto que manifestamente infundadas conforme restará demonstrado pelo caso concreto e pelo dissídio jurisprudencial apresentado a seguir. (pelo qual cabe o presente recurso, pela alínea "c"; do inciso III, do artigo supra citado). Ressalta-se que os artigos supracitados foram expressamente mencionados no corpo dos v. acórdãos de agravo e de embargos.

29. Dissídio Jurisprudencial - Da Alínea "c"

"*Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*"

30. No caso em tola, resta exposto o cotejo analítico do caso concreto com o dissídio da jurisprudência a seguir apresentada, cuias fotocópias foram devidamente anexadas ao presente recurso.

31. Ressalta-se a primeira jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no acórdão proferido nos autos de Agravo de Instrumento n. 0427414-6, da Colenda 2° Câmara Cível. Relator o Ilustre Desembargador Antonio Renato Strapasson (publicado no DJU de 11.10.2207).

32. Citada decisão está disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (integra anexa), tendo sido extraída pela Recorrente do sita [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br), conforme permitido pelo art. 1.029, §1º do CPC, com a redação conferida pela Lei n' 11.341/06. A sua ementa é a seguinte:

“*DECISÃO: ACORDAM os Srs. Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Agravo. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇA0 FISCAL - NOMEAÇÃO DE BENS MÓVEIS, PELA EMPRESA DEVEDORA - RECUSA DO CREDOR, SOB ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL ESTABELECIDA PELO ART. 11 DA LEF - DETERMINAÇÃO DO JUl70 PARA QUE A PENHORA RECAIA SOBRE O FAT/URAMENTO MENSAL DA EMPRESA DEVEDORA - MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL, SÓ JUSTIFICÁVEL QUANDO INEXISTENTES BENS SUFICIENTES A GARANTIR A EXECUÇÃO - RECURSO PROVIDO*.”

33. De necessária transcrição é o referido voto condutor, o qual revela a pertinência do pleito da Recorrente:

"*São relevantes as considerações trazidas pela agravante. Houve indicação de bens, num total de R$ 684.358,80, não aceitos pela exequente tão somente porque não teria atendido a ordem legal do artigo 11 da LEF. O juízo 'a quo' sem suficiente motivação, 'data venia', simplesmente deferiu a penhora sobre o faturamento da empresa, o que só se mostra possível em situações excepcionais. Necessário, pois, melhor averiguar a validade da indicação, avaliação, etc., até porque a gradação legal não tem caráter rígido e absoluto. Assim sendo, a fim de se evitar lesão grave e de difícil reparação, defiro o pleiteado efeito suspensivo". De acordo com o 512 (Theotônio Negrão, in CPC Anotado, 36ª ed. pág. 1386) "caso a nomeação de bem ã penhora não siga a ordem legal, não quer dizer que a indicação feita pelo devedor seja automaticamente ineficaz. Só o será se trouxer prejuízo ou dificuldades para a execução*”.

34. Não e o que se observa, *prima facie*, em relação aos bens já anteriormente relacionados, nada impedindo, como requer o exequente, sejam indicados outros, no interesse do credor.

35. Conforme, ainda, a jurisprudência (Theotônio Negrão, obra citada. pág. 761) tem sido admitida tal constrição "*desde que, cumuladamente, o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado*" Tem-se em conta, em casos tais, o principio da menor onerosidade, "*Se a recorrente ofereceu outros bens suficientes a garantir a execução, ainda que móveis, não se justifica promovê-la pelo modo mais gravoso, mesmo porque só excepcionalmente poderá a penhora recair sobre estabelecimento comercial ou industrial”*. (RSTJ 58/2681 (Theotônio Negrão - mesma obra - pág. 13871. (grifo nosso)

36. Reprise-se, por oportuno, no caso em questão o seguinte excedo do voto condutor do v. acórdão recorrido, *in verbis*:

''*(...) A Decisão Interlocutória, por cópia em fl. ..., encontra-se correta, porque dada a oportunidade ao agravante de nomear bens à penhora, optou por indicar bens fora da ordem legal, sendo que a Lei n° 6830/80, no artigo 11, inciso I, indica o dinheiro, na ordem de gradação legal, que abrange a penhora de renda, cujo percentual não onera a empresa devedora, não violando o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil e está em consonância com os artigos 655, inciso I e 655-A do Diploma Processual, com a redação da Lei nº. 11.382/2006, aplicáveis à Execução Fiscal, por força do artigo 1° da Lei n° 6 830/80*.” (grifo nosso)

37. Portanto, resta demonstrada a divergência quanto à interpretação dada aos artigos 805, 835, incisos I, V e X e 834 do CPC, e ao art. 11, incisos I, IV e parágrafo primeiro da Lei n° 6.830/80, pelos v. acórdãos recorrido e paradigmas, tendo em vista o deferimento da penhora sobre o faturamento quando ainda existentes outros meios para se garantir a execução e da interpretação equivocada de que a penhora sobre faturamento equivale à penhora em dinheiro.

38. Com efeito, enquanto o aresto paradigma demonstrou a necessidade de se adotar a penhora sobre faturamento apenas como medida excepcional e que uma vez oferecidos bens suficientes para garantir a execução, não há que se falar em penhora sobre o faturamento da empresa, em razão do principio da menor onerosidade ao devedor conforme o art. 805, do CPC, o v. acórdão recorrido considerou a penhora sobre o faturamento como penhora em dinheiro, aduzindo que o faturamento da empresa está em ordem superior ao bem imóvel oferecido, contrariando de forma direta e frontal, o estatuído no art. 11, da Lei n° 6.830/80.

39. Também deve ser trazido como paradigma o seguinte acórdão, da 18ª Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido no Agravo de Instrumento n° 1.0024.06.279344-3/001, Relator o Ilustre Desembargador Fábio Maia Viam (publicado no DJU de 17.07.2009).

40. Esta decisão está disponibilizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (integra anexa), tendo sido extraída pela Recorrente do sito [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br) , conforme permitido pelo art. 1.029, §1º do CPC, com a redação conferida pela Lei n° 11.341/06. A sua ementa é a seguinte:

“*AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA - INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. A penhora do faturamento da empresa só é possível quando a executada não possuir bens ou forem estes insuficientes ou de difícil alienação.*

*Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO*.”

41. De necessária transcrição é do voto condutor do referido voto, o qual revela a pertinência do pleito da Recorrente:

"*Não é de hoje que doutrina e jurisprudência têm repudiado a PENHORA sobre o capital de giro da empresa, quando esta possui outros bens passiveis de PENHORA, porquanto semelhante ato implica “ostensiva restrição ao exercício das atividades comerciais da executada, podendo inclusive conduzi-Ia ao estado de insolvência" (Humberto Theodoro Júnior, A impossibilidade da PENHORA, do capital de giro, RF 340, págs. 113-119).*

*Assim, não se deve penhorar, de forma aleatória, o capital de giro da agravante, porquanto é intolerável que a execução desestruture o funcionamento regular de suas atividades.*

*Vale ressaltar que, como se vê do caput do art. 655 do CPC, FATURAMENTO da empresa, sétimo lugar na ordem de preferência (inciso VII), não se confunde com dinheiro (em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira), primeiro lugar na ordem de preferência (inciso 1), urna vez que se trata de constrição sobre a própria empresa. Nesse sentido, "A PENHORA sobre o FATURAMENTO da empresa não equivale à PENHORA sobre o dinheiro, e sim, sobre a própria empresa, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o FATURAMENTO exige sejam tomadas cautelas específicas descriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra favor debitoris e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor” (MC 8. 911/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz FUX, Primeira Turma, julgado em 20/10/2005, DJ 28/11/2005, p. 186).*

*(...)*

*Confira-se, mais uma vez, lição de Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 41.ª ed., p. 327): "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 nº. 11.382/2006, e que criou o art. 655-A, normalizou em seu § 3° a orientação que predominava no Superior Tribunal.*

*Assim a PENHORA sobre parte do FATURAMENTO da empresa devedora é permitida sempre que, cumulativamente, se cumpram os seguintes requisitos:*

*a) inexistência de outros bens penhoráveis, ou, se existirem, sejam eles de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito exequendo;*

*b) nomeação de depositário administrador com função de estabelecer um esquema de pagamento, nos moldes dos arts. 678 e 719;*

*c) o percentual fixado sobre o FATURAMENTO não pode inviabilizar o exercício da atividade empresarial.*

*A PENHORA de percentual do FATURAMENTO figura em sétimo lugar na ordem de preferência do art. 655, de sorte que, havendo bens livres, de menor gradação, não será o caso de recorrer à constrição da receita da empresa, que, sem maiores cautelas, pode comprometer seu capital de giro e inviabilizar a continuidade de sua normal atividade econômica*."

*Nesse sentido já se manifestou este Tribunal, em acórdão de minha relatoria:*

*“A PENHORA do FATURAMIENTO da empresa só é possível quando a executada não possuir bens ou sejam estes insuficientes ou de difícil alien*ação" (AI 1.0024.99.007315-7/001, 13ª Câmara Cível, j. 1/12/2005)

*Na espécie, não consta dos autos uma diligência sequer realizada pela recorrida no sentido de buscar bens penhoráveis de propriedade da agravante, fato que impede a excepcional PENHORA sobre o FATURAMENTO desta."* (grifo nosso)

42. Reprise-se, por oportuno, o seguinte excerto do voto condutor do v. acórdão ora recorrido, *verbis*:

"(...) *A Decisão Interlocutória, por cópia em fl. ..., encontra-se correta, porque dada a oportunidade ao agravante de nomear bens à penhora, optou por indicar bens fora da ordem legal, sendo que a Lei n° 6.830180, no artigo 11, inciso I, indica o dinheiro, na ordem de gradação legal, que abrange a penhora de renda, cujo percentual não onera a empresa devedora, não violando o disposto no artigo 805 do Código de Processo Civil e está em consonância com os artigos 835, inciso I e 834 do Diploma Processual, coro a redação da Lei n° 11182/2006, aplicáveis à Execução Fiscal, por força do artigo 1° da Lei n° 6.830/80*.” (grifo nosso)

44. Neste sentido, não restam dúvidas que no caso em tela o imóvel oferecido esta em gradação superior à ordem da penhora em faturamento.

45. Dessa forma, resta demonstrada no acórdão paradigma emitido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de ...que a penhora sob o faturamento além de se tratar de medida de exceção, não corresponde a penhora em dinheiro.

46. Portanto, resta demonstrada a divergência quanto à interpretação e negativa de vigência aos artigos: 805, 835, incisos I, V e X e 834, do CPC, e ao art. 11, inciso I, IV e parágrafo primeiro da Lei n° 68301/80 pelos v. acórdãos ora recorrido e os acórdãos paradigmas apresentados.

47. A divergência entre os acórdãos (recorrido e paradigma) comparados é clara e merece ser afastada por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

48. Dissídio e cotejo analítico - Alina "c" - Das Multas Aplicadas

49. Merece destaque a análise da imposição da multa em sede de Agravo Interno e de Embargos de Declaração, respectivamente abaixo citados, proferida nos seguintes termos:

"(...) *O Agravo Legal é manifestamente infundado, tornando aplicáveis as sanções previstas no parágrafo 4° do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, multa de 1% do valor da causa, monetariamente corrigido pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça ale o pagamento, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor*". (grifo nosso)

"*Assim, nega-se provimento aos Embargos de Declaração, condenando-se a Embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, até o efetivo pagamento*." (grifo nosso)

50. Com fundamento na alínea "c”, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, tem-se a que a matéria constante no presente recurso especial referente á abusividade e inaplicabilidade das multas, tanto do acórdão do agravo quanto do acórdão dos embargos de declaração, restará demonstrada diante do dissídio de outro tribunal e da jurisprudência do deste próprio E. Superior Tribunal de Justiça, em referência expressa ao art. 1.021, §4° do CPC e art. 1.026 §§2º e 3º do CPC.

51. O v. acórdão lavrado pelo órgão colegiado em Agravo Interno ao decidir pela aplicabilidade da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, não levou em consideração os fundamentos constantes da peça processual no que corresponde a abusividade da penhora sob o faturamento e jurisprudência do STJ, tendo em vista que no caso em tela houve o oferecimento de bem imóvel. E em especial pelo fato de se tratar de único recurso cabível, previsto no próprio Art. 1.021, *caput* e parágrafo segundo do CPC, com a finalidade de resguardar a recorrente o direito de revisão e análise pelo órgão colegiado de decisão proferida em despacho monocrático pelo Exmo. Relator (quando negou seguimento ao agravo de instrumento)

*Art. 1.021.  Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.*

*§ 2o O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.*

52. Ademais, a multa aplicada no v. acórdão dos embargos de declaração seguiram a mesma linha de raciocínio e fundamentação, ao considerar manifestamente infundado o objeto em discussão quanto ao mérito da questão, e aplicou multa de 1% por considerar os embargos como protelatórios, muito embora houvesse destaque nos mesmos para prequestionamento da matéria e artigos para apresentação de Recurso Especial, conforme mencionado no tópico preliminar de prequestionamento, para não incorrer no óbice da sumula 98 do STJ.

553. Não se pode negar que o v. acórdão dos embargos de declaração deixou de apreciar os fundamentos constantes nos mesmos EM ESPECIAL QUANTO AO PREQUESTIONAMENTO suscitado, neste tópico merece reforma o v. acórdão, caso contrario incorrera em ofensa ao contido na própria Súmula 98 do STJ.

54. Frise-se:

"*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*".

55. Ambas as multas aplicadas nos v, acórdãos divergem do entendimento de outro Tribunal (pelo qual cabe o presente recurso, pela alínea do inciso III, do artigo supra citado), no caso, do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no acórdão proferido nos autos de Embargos de Declaração n° 2008201833, da Colenda 2° Câmara Cível, Relator o Ilustre Desembargador Cezário Siqueira Neto (publicado no DJU de 07.07.2008)

56. Esta decisão está disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (integra anexa), tendo sido extraída pela Recorrente do site [www.tj.se.gov.br](http://www.tj.se.gov.br). Eis a ementa:

“*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO COLEGIADA EM AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA IMPERATIVA NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE UM DOS VÍCIOS: OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. VEDADO ATRIBUIR-LHE HIPÓTESE POR ELE NÃO ABRANGIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. Reforma da decisão embargada apenas no tocante à aplicação da multa do § 2° do art. 557, do CPC. Penalidade oportunamente afastada. Recurso que se conhece, para lhe dar parcial provimento*.”

57. De necessária transcrição é o r. voto condutor, o qual revela a pertinência do pleito da Recorrente:

“*Inconformada com a decisão monocrática do Relator, pode a parte prejudicada interpor agravo regimental para levar a discussão ao órgão colegiado. Porém, sabe-se que essa prática é utilizada pela grande maioria dos advogados com o intuito apenas de prolongar o andamento do feito, o que não se pode admitir nos dias de hoje, em que, com o advento da Emenda Constitucional n° 45/04, consagrou-se a razoável duração do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação como direito fundamental do cidadão. Apesar do exposto, há uma razão maior para a não incidência da multa do § 2° do art. 557 do Código de Ritos. É que a imposição da multa iria não inviabilizar, mas dificultar o acesso da parte às instancias superiores, já que se mostra necessário aviar agravo interno em desfavor da decisão singular do relator que nega seguimento a apelação para ocorrer o esgotamento das instancias ordinárias. Como bem asseverou a Desembargadora Mata Maynard S. de Carvalho no julgamento do Agravo Regimental n°0503/2007: "Ora, não se revela procrastinatório o agravo interno interposto contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o apelo manejado em face da sentença de primeiro piso, porquanto nítido o intuito do agravante em provocar a manifestação do órgão colegiado acerca do themaiudicandum, com o consequente esgotamento da instância ordinária, não restando caracterizado recurso manifestamente inadmissível ou infundado, pressuposto da aplicação do comando processual em tela." E continua: "(...) Destarte, mormente por cuidar-se de matéria bastante controvertida, tenho que obstar ao recorrente o pronunciamento do colegiada sobre a matéria versada na decisão que apreciou monocraticamente a apelação significaria tolher-lhe o acesso as instância superiores, em face do principio que estabelece a necessidade de esgotamento da instância recursal." Acolho, portanto. no caso em comento, a aplicação do principio de acesso justiça, desimpedindo as partes de chegarem ás instância superiores por meio do agravo regimental, mesmo que se reconheça seu caráter protelatório. Pelo expendido, conheço dos presentes embargos, dando-lhe parcial provimento, reformando a decisão recorrida tão somente para tornar ineficaz a aplicação da multa prevista no § 2° do art. 557 do CPC*.

58. Reprise-se, por oportuno, o seguinte excerto do r. voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*:

“(...)*"O Agravo Legal é manifestamente infundado, tornando aplicáveis as sanções previstas no parágrafo 4° do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, multa de 1% do valor da causa, monetariamente corrigido pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça até o pagamento, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor." (grifo nosso)*

61. Portanto, resta demonstrada a divergência quanto á interpretação dada ao artigo 1.021, §4º, do CPC, pelos v. acórdãos recorrido e paradigma, tendo em vista que no acórdão recorrido considerou-se o agravo infundado, já no acórdão paradigma é explicito que o agravo regimental é meio para se esgotar as instâncias ordinárias, para posterior análise da questão recorrida pelas instâncias superiores, não havendo em que se falar em caráter procrastinatório e passível de multa de 1% sobre o valor da causa.

62. Merece destaque a análise da imposição da multa em sede de Embargos de Declaração proferida nos seguintes termos:

"*Na realidade, os Embargos de Declaração são manifestamente protelatórios e visam a procrastinar a execução, razão pela qual é cabível a aplicação da sanção prevista no parágrafo único do artigo 1.026 do Código de Processo Civil, fixando multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, até o efetivo pagamento. Assim, nega-se provimento aos Embargos de Declaração, condenando-se a Embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, ate o efetivo pagamento,*"

63. Ao decidir aplicação da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa em sede dos Embargos de Declaração tidos como protelatórios, o v. acórdão merece reforma posto demonstrada a divergência de entendimento de outro Tribunal (pelo qual cabe o presente recurso, pela alínea "c", do inciso III, do artigo supra citado); no caso do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Rio Grande do Sul, no acórdão proferido nos autos de Agravo de Instrumento n°70027040815, da Colenda 6ª Câmara Cível, Relator o Ilustre Desembargador Artur Arnildo Ludwig (publicado no DJU de 19/11/2008).

64. Esta decisão está disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (integra anexa. A sua ementa é a seguinte:

“*AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA, CUMPRIMENTO DE SENTENÇA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Não-verificação, na conduta processual da agravante, de qualquer das hipóteses elencadas pelo § único do art. 538 do CPC que dizem com a litigância de má-fé, por recurso manifestamente protelatório. A oposição dos embargos de declaração, representa o exercício do direito de defesa da devedora, não contendo caráter meramente protelatório. Afastada a condenação imposta, INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. Tendo em vista que o credor requereu o cumprimento de sentença na forma provisória, segue o feito o procedimento do art. 475-J do CPC, não havendo qualquer óbice à aplicação da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC, desde que seja assegurado ao devedor o prazo de quinze dias para o cumprimento da sentença, AGRAVO PROVIDO, POR DECISÃO MONOCRÁTICA*.” (Agravo de Instrumento N° 70027040815, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 27(10/2008)

65. De necessária transcrição e o referido voto condutor, o qual revela a pertinência do pleito da Recorrente:

"*A evidência, reconheço que a conduta da parte impugnante, com a interposição dos embargos declaratórios, não foi com intuito de procrastinar o feito, devendo ser afastada a multa de 1% sobre o valor da causa por litigância de má-fé, prevista no artigo 1.026, §§ 2ª e 3º do CPC.*

*Na realidade, a parte devedora utilizou-se da via processual adequada para exercer o seu direito de defesa, constitucionalmente consagrado, sem que isso represente interesse puramente protelatório. Dessa forma, afasto a condenação da recorrente na pena de litigante de má-fé*.”

66. A divergência entre os acórdãos (recorrido e paradigma) comparados é clara e merece ser afastada por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça em consolidação a jurisprudência deste próprio tribunal..

III. DO MÉRITO

III.A - DA PENHORA DO FATURAMENTO DA RECORRENTE

Art. 105, III “a” - Negativa de Vigência

"*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência.”*

67. Primeiramente, cabe destacar que a Recorrente nomeou um bem imóvel á penhora o qual foi recusado pela Municipalidade, por não seguir á ordem constante do art. 11, da Lei n° 6.830/80. Assim, a penhora sobre o faturamento foi deferida pico juízo originário. Desse despacho houve o protocolo de agravo de instrumento, que foi negado seguimento pelo Exmo. Relator em despacho monocrático, com fundamento no art. 932, II e IV do CPC.

68. Em julgamento do agravo interno do art. 1.021 do CPC, a decisão do Exmo.relator foi mantida pela ...ª Câmara de Direito Cível do Tribunal de Justiça do ..., sob o entendimento dos Exmos. Desembargadores de que a penhora sobre faturamento é sinônimo de penhora em dinheiro ou *online*.

69. Desta forma, negaram restou mantida a decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento interposto, embora apresentada farta jurisprudência do Superior Tribunal de justiça e do próprio Tribunal de Justiça do ...sobre o tema, que impõe á penhora sob o faturamento medida de exceção, bem como que a mesma diverge de penhora em dinheiro. Ainda assim, o douto órgão colegiado negou provimento ao Agravo do art.. 1.021 e aos Embargos de Declaração, sem ao menos considerar os argumentos da ora Recorrente.

70. Insta salientar que a penhora de faturamento é imensuravelmente mais danosa a empresa do que a penhora sobre imóveis ou bens do ativo imobilizado, já que aquela representa verdadeira penhora sobre o estabelecimento comercial, senão vejamos.

71. A preferência de penhora de bens está disposta na gradação do art. 11 da Lei n° 6 830/80 (Lei de Execuções Fiscais), que dispõe:

“*Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá á seguinte ordem:*

*I - dinheiro;*

*II - titulo da divida pública, bem como titulo de crédito, que tenham cotação em bolsa;*

*IIl - pedras e metais preciosos;*

*IV - imóveis*

*V - navios e aeronaves;*

*VI - veículos,*

*VII - móveis ou semoventes; e*

*VIII - direitos e ações.”*

72. Ressalte-se que o bem ofertado á penhora pela ora Recorrente enquadra-se nos incisos IV do artigo acima transcrito.

73. O § 1° deste mesmo art. 1 da LEF traz em sua redação uma medida de exceção, quando não logrado êxito na constrição dos bens acima relacionados. Trata-se exatamente da penhora sobre o estabelecimento empresarial:

"*Art. 11 (...)*

*§ 1º – Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção*.”

74. Em consonância com o artigo supracitado está o art. 835, V e X do CPC, a ordem legal está disposta da seguinte forma:

"*Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:*

*I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;*

*II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;*

*III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;*

*IV - veículos de via terrestre;*

*V - bens imóveis;*

*VI - bens móveis em geral;*

*VII - semoventes;*

*VIII - navios e aeronaves;*

*IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;*

*X - percentual do faturamento de empresa devedora;*

*XI - pedras e metais preciosos;*

*XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;*

*XIII - outros direitos.* ".

75. Verifica-se que o faturamento, além de se tratar de medida de exceção conforme dissídio apresentado em tópico anterior, está abaixo dos bens imóveis na ordem de preferência para a penhora.

76. Ao se considerar que o dinheiro está em primeiro lugar na gradação legal do artigo 11 da Lei 6830/80, cumpre analisar que a penhora de faturamento não se trata necessariamente de penhora de dinheiro, mas sim de penhora da estabelecimento, confirmando que bem imóvel indicado que se encontra em quarto lugar da gradação legal está anteriormente ao item de penhora de estabelecimento que só pode ocorrer em caso extremos, de acordo com parágrafo 1° do art. 11. da Lei 6830/80.

77. Ora, a penhora sobre faturamento não é penhora sobre dinheiro, não se pode negar a vigência dos artigos 11, inciso IV da Lei 6830/80 e art. 835, V c/c art. 805 do CPC, ao passo que a jurisprudência deste E. Superior Tribunal tem entendido que referida constrição exige que sejam tomadas cautelas especificas discriminadas em lei, conforme jurisprudência abaixo:

“*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS. 1. O faturamento da empresa, em sede de execução fiscal, é providência de cunho excepcional e só é admitida guando presentes requisitos específicos que justifiquem a medida, quais sejam: a) inexistência de bens passiveis de constrições, suficientes a garantir a execução, ou, caso existentes, sejam de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento: c) fixação de percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa. (REsp 485.492/RS, Rel, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 2.5.2005. p. 156).”* (...) (REsp 804635/SP, T2 - SEGUNDA TURMA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, ate 22/08/2008)

“*TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL, AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. NÃO COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE GARANTIR A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. PRECEDENTES. 1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque o STJ tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas especificas discriminadas em lei. Isto porque o artigo 520 do CPC consagra favor debitoris e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor. 2. É admissível proceder-se á penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação do administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa. 3 In casu, verifica-se que a empresa executada ofereceu à penhora, máquinas sujeitas a notário desgaste, inobservando a gradação legal prevista no CPC, e na lei 6830/80. Apresentando-se justa a recusa à oferta dos aludidos bens, por insuficientes para a garantia da referida execução fiscal, a ora agravante insurgiu alegando que a penhora sobre a renda é medida extrema e excepcional, deixando, contudo, de indicar outros bens à penhora. 4. O patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é ex lege, e destinada à receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas, por isso que a penhora sobre o faturamento é uma modalidade útil ao processo de execução. 5. Agravo Regimental desprovido*.”(STJ, AgRg nos EDcl no Ag 701469/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02 08.2007)

78. Logo, somente será admissível a aventada penhora desde que: a) reste comprovada a inexistência de outros bens passiveis de garantir a execução, ou, quando aqueles indicados forem de difícil alienação.

79. Ressalte-se que a penhora acima aventada é extrema e, por isso, medida de exceção, e portanto, só é cabível quando não for possível a constrição judicial de qualquer bem descrito nos incisos do art. 11, *caput*, o que não ocorre no caso em tela. Isso porque, um simples ofício ao DETRAN, ao Cartório de Registros imobiliários comprovaria a existência de vários outros bens em nome da Recorrente passíveis de penhora.

80. Ademais, ainda que o Município não tenha aceitado os bens ofertados, a simples determinação de constrição judicial sobre o faturamento da Recorrente é medida ilegal, já que desconsidera a gradação trazida pelo art. 11 da LEF e pelo art. 805 do CPC que determina que:

"*Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado*”.

81. Desta feita, tendo em vista que a penhora de faturamento representa penhora do estabelecimento empresarial, não há como subsistir a alegação de que esta é mais benéfica à Recorrente do que a constrição do imóvel que ofertou à penhora.

82. Deve-se deixar claro que a penhora deferida recai sobre entradas financeiras de recursos nos cofres da Recorrente, e não de penhora do lucro liquido proporcionado pela atividade que exerce. Assim, a penhora recai sobre parte integrante e indissociável do fluxo de caixa da empresa que pressupõe, inclusive, saldas de caixa, como pagamento de fornecedores, quitação de verbas trabalhistas, investimentos e até mesmo, recolhimento de tributos.

83. Assim, resta claro o entendimento de que a penhora de faturamento não é o mesmo que penhora em dinheiro ou *online*, de modo que se um bem imóvel tem valor suficiente para garantir uma Execução Fiscal não há que se falar em desobediência a ordem legal prevista no art. 11, da Lei n°6.830/80 e no art. 835 do CPC.

84. Portanto, evidenciada a negativa de vigência ao artigo 11, I, IV e §1° da Lei n°6.830/80 e aos artigos 805, 835, I, V e X, ambos do Código de Processo Civil,

85. Vide jurisprudência confirmada por este E Tribunal:

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA A PROCEDIMENTOS ESSENCIAIS À CONSTRIÇÃO EXCEPCIONAL. EXISTENTES. IN CASU. PRECEDENTES. 1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia de Abastecimento D'Agua e Saneamento do Estado de Alagoas - CASAL contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5' Vara/AL que deferiu a penhora, nos autos da execução fiscal movida pelo INSS, em 10% (dez por cento) sobre o faturamento, uma vez que não foram encontrados outros bens passíveis de constrição. O Tribunal de origem (fls. 3161323) deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o percentual da penhora para 3% (dês por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada. Em sede de recurso especial, alega-se negativa de vigência dos artigos 020, 677 do CPC e 5°, LIV, LV. 23, IX, 93, IX e 100 da CF(88 Em suas razões, sustenta: a) a penhora do faturamento é medida extrema que exige o cumprimento de determinadas regras e providências sue, na espécie, não foram observadas, a fim de evitar que esta determinação equipare-se á penhora do próprio estabelecimento; b) a recorrente ê empresa de economia mista cuja finalidade é a prestação de serviços públicos de caráter essencial, e a determinação judicial pode implicar a inviabilização de sua atuação, trazendo prejuízo a toda coletividade. Sem oferecimento de contra-razões, conforme certidão de fl. 384. 2. É defeso o exame da apontada violação dos arts. 5°. LIV, L.V, 23, IX, 53, IX e 100 da CF/88, uma vez que a própria Carta Política limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal. 3 A constrição sobre o faturamento, além de não proporcionar. objetivamente, a especificação do produto da penhora, pode ensejar deletérias consequências no âmbito financeiro da empresa. 4. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada desta Casa vem-se firmando no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva: - a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional; a inexistência de outros bens a serem penhorados ou de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução) o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação; a observância ás disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento); fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa. 5. Autos que evidenciam a observância das formas elencadas Na hipótese, restou comprovado que: a) a divida gira em torne de R$ 177.222.4134,05 (cento e setenta e sete milhões, duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinco centavos) e a executada, por ser sociedade de economia mista, não dispõe de outros bens passiveis de penhora: b) nomeou-se representante legal (diretor. presidente), como administrador, consoante determina o art.678 do CPC. 6. Recurso especial não-provido*.” (STJ - REsp 841.506/AL, Rei Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.10,2006, DJ 26.10.2006 p 248)

"*TRIBUTARIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA, MATÉRIA FÁTICA SÚMULA 7/STJ, 1. Em observância ao consagrado principio favor debitoris (art. 620 do CPC), tem-se admitido apenas excepcionalmente a penhora sobre o faturamento, desde que presentes, no caso, requisitos específicos que justifiquem a medida, quais sejam, (a) inexistência de bens passíveis de constrições, suficientes a garantir a execução ou caso existentes, sejam de difícil alienação; (b) nomeação de administrador (arts 678 e 719, caput, do ORO), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; (c) fixação de percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa. Precedentes: AGA 593006/PR, 1' Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 30.05.2005*; *REsp 723038 SP, 2' Turma, Min. Castro Meira, DJ de 20.06.2005. 2. Averiguar se a aplicação do principio, em cada caso, se fez adequadamente ou não, e se a relativização da ordem da penhora era justificável ou não em face daquele principio, são investigações que exigem o exame da situação de fato, incabível no âmbito do recurso especial. (Súmula 07/STJ). 3. Recurso especial não conhecido*.”(STJ; REsp 803435/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.10.2006, DJ 18.12.2006 p. 331)

"*PROCESSUAL CIVIL. APRECIAÇÃO DE MATÉRIA FATIGA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL, PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. 1. Em observância ao consagrado principio da menor onerosidade ao devedor (art. 620 do CPC), tem-se admitido apenas excepcionalmente a penhora do faturamento, desde que presentes, no caso, requisitos específicos que justifiquem a medida, quais sejam: a) realização de infrutíferas tentativas de constrição de outros bens suficientes a garantir a execução, ou, caso encontrados, sejam tais bens de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento, c) manutenção da viabilidade do próprio funcionamento da empresa. 2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 7 desta Corte. 3. Recurso especial não conhecido*."

(STJ: REsp 901.373/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.03.2007, DJ 12.04.2007 p. 254)

"*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. CASOS EXCEPCIONAIS. NÃO-PREENCHIMENTO DE REQUISITOS, RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacificado no sentido da possibilidade de a penhora incidir sobre o faturamento da empresa, em casos excepcionais, desde que preenchidos os seguintes requisitos: "(a) inexistência de bens passíveis de constrições, suficientes a garantir a execução, ou, caso existentes, sejam de difícil alienação; (b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; (c) fixação de percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa (REsp 803.435(RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.12.2006). 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem entendeu que o percentual fixado não implicou situação gravosa para o funcionamento da empresa Todavia nada mencionou a respeito da existência de outro meio hábil para garantir a execução fiscal ou outro bem passível de penhora. Ademais da análise dos autos verifica-se não houve a nomeação de administrador, nos termos dos arts. 678 e 719, caput, do CPC, Assim, não tendo sido preenchidos os requisitos essenciais para possibilitar a incidência da penhora sobre o faturamento da empresa, resta inviabilizada a referida constrição. 3. Recurso especial provido*."(STJ; REsp 909,942(SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 04.09.2007, DJ 15.10 2007 p. 248)

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL, PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 677 E 675 DO OPC, CONSTRIÇÃO MANTIDA. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA, AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacificado no sentido da possibilidade de a penhora incidir sobre o faturamento da empresa, em casos excepcionais, desde que preenchidos os seguintes requisitos: "(a) inexistência de bens passíveis de constrições, suficientes a garantir a execução, ou, caso existentes, sejam de difícil alienação; (b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC), ao qual incumbira a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; (c) fixação de percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa" (REsp 803.435/RJ, ta Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.12.2006).2. Na hipótese dos autos, verifica-se a presença de dois dos requisitos necessários á manutenção da excepcional medida de constrição do faturamento da empresa executada, quais sejam a nomeação de administrador, na forma do art. 677 e seguintes do CPC, e o não-comprometimento da atividade empresarial (fls.112 e 155/157). Todavia, consoante consta do acórdão recorrido, não foram demonstradas nos autos tentativas para a localização de outros bens passiveis de penhora e suficientes à garantia da execução e que não sejam de difícil alienação. Assim, não foram preenchidos todos os requisitos para o deferimento de penhora sobre o faturamento da empresa não podendo, portanto, ser admitida. 3 Para que esta Corte de Justiça entenda em sentido contrário às conclusões do acórdão recorrido, é necessário o reexame do conjunto fálico-probatório constante dos autos, o que, no entanto, é verdade em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" 4 Agravo regimental desprovido*."(STJ, AgRg no Ag 880.231/RJ. Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.11.2007, DJ 10 12 2007 p. 310)

“*PROCESSUAL CIVIL AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA. EXCEPCIONALIDADE. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DOS BENS PASSIVE DE CONSTRIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FATIGO-PROBATÓRIA IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. ART. 655 DO CPC. EQUIVALÊNCIA DO FATLIRAMENTO AO DINHEIRO EM ESPÉCIE. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 1. A penhora sobre o faturamento somente é admitida em casos excepcionais, desde que atendidos requisitos específicos a justificar a medida, entre eles: (a) que não existam de bens passiveis de constrição, suficientes a garantir a execução, ou, caso existentes, sejam de difícil alienação; (b) que seja nomeado administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; e (c) que seja fixado percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa. Precedentes. 2. O Tribunal local foi taxativo ao afirmar a inexistência de prévia comprovação de que foram exauridas as diligências para a localização de outros bens que possam garantir a execução fiscal. À vista dessas considerações, não é possível infirmar o acórdão recorrido, visto que, para fazê-lo, faz-se imperiosa a análise de elementos fálico-probatórios da demanda, o que é inviável em sede de recurso especial pelo óbice do enunciado n°7 da Súmula desta Corte. 3 No que pertine ao argumento de que o faturamento da empresa equivale a dinheiro em espécie para fins de obtenção da prioridade na ordem preferencial estabelecida pelo art. 655 do CPC, com a redação dada pela Lei n 11.382/06, além de tal tese não ter sido abordado pela Corte a quo, não foi trazida nas razões do recurso especial, sendo, em verdade, inovação em sede de agravo regimental. Precedentes 4. Agravo regimental não-provido*."(AgRg no REsp 904.923/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 03/02/2009)

III.B- DA INAPLICABILIDADE DAS MULTAS

86. No que tange às multas aplicadas em sede de Agravo Interno e de Embargos de Declaração, há que se dizer que estas devem ser afastadas, uma vez que tais recursos foram interpostos no intuito de obtero pronunciamento do órgão colegiado sobre o tema controvertido de modo a esgotar as instâncias ordinárias, e não com o caráter procrastinatório, como aduzido nos acórdãos recorridos.

87. A manutenção das multas significa a ratificação do obstáculo imposto à Recorrente ao pronunciamento do colegiado sobre a matéria discutida, no caso, a penhora sobre faturamento, o que significa o tolhimento do acesso da Recorrente às instâncias superiores, em confronto com o principio que estabelece a necessidade de esgotamento da instância recursal.

88. Este entendimento é corroborado por este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos termos das decisões colacionadas abaixo:

“*PROCESSUAL CIVIL APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC — LITIGÂNCIA DE MÁ-FE NÃO CONFIGURADA — MULTA AFASTADA — EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA EM SALDOS DE CONTA-CORRENTE — EXCEPCIONALIDADE.*

*1 O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando: a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos); b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos), c) prejudicado (questão meramente processual), e d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. 2. Monocraticamente, relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (ad. 557, § 1° do CPC). 3. A decisão monocrática, confirmada por julgamento do órgão colegiado, pode chegar a exame do STJ e/ou STF, a partir das teses prequestionadas nos precedentes invocados pelo relator. 4. Não se configura litigância de má-fé a interposição de agravo regimental, com amparo no art. 557, § 1° do CPC, quando a parte tem obrigação de esgotar a instância para, somente depois, ter acesso à instância extraordinária. 5. Multa por litigância de má-fé que se afasta. 6. A penhora em saldo bancário do devedor equivale à penhora sobre o estabelecimento comercial. 7. Somente em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, é que se admite a especial forma de constrição. 8. Tendo o Tribunal concluído pela não-configuração da hipótese extremada, afastar tal premissa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, 9. Recurso especial parcialmente provido*.” (REsp 733962/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 19/09/2005 p. 300) (grifo nosso)

“*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO — FGTS — CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DAS CONTAS VINCULADAS — AJUIZAMENTO DA AÇÃO — COMPETÊNCIA — FORO DO DOMICIL 10 DA AGENCIA DEPOSITÁRIA — AGRAVO REGIMENTAL — AFASTAMENTO DA MULTA DO § 2° DO ART. 557 DO ORO.*

*1. A ação em que se discute a correção monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS deve ser proposta no foro da agência responsável pela administração dos depósitos questionados. Precedentes da Segunda Turma desta Corte. 2. A interposição do agravo regimental previsto no art. 557 do CPC não pode ser presumida como recurso meramente protelatório, a ensejar a aplicação da multa do § 2° do citado dispositivo legal, devendo ser analisado o caso concreto e suas peculiaridades. 3. Recurso especial provido em parte*.” (REsp 844.864/DF, Rel. Ministra EMANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 02/04/2008) (grifo nosso)

“*TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. CONCESSÃO DE USO. CONTRIBUINTE. POSSUIDOR POR RELAÇÃO DE DIREITO PESSOAL.NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. ART. 535 DO CPC, ALEGAÇÃO GENÉRICA. MULTA DO ART. 557, § 2', DO CPC. AFASTAMENTO. 1. O IPTU e imposto que tem como contribuinte o proprietário, o titular do domínio Mil ou o possuidor por direito real, que exerce a posse com animas clornini. 2. O cessionário do direito de uso é possuidor por relação de direito pessoal e, como tal, não é contribuinte do PITU do imóvel que ocupa. Precedentes. Os embargos de declaração opostos contra o acórdão recorrido foram decididos monocraticamente; dessa forma, não havia outro modo de o recorrente obter acesso à via dos recursos extraordinários a não ser interpondo o necessário agravo inominado, com vistas a ser proferida a última decisão do Tribunal (art. 105, III, da CF/88). Não há, portanto, que se falar em recurso manifestamente inadmissível ou infundado, devendo ser afastada a multa aplicada na origem. 4. Recurso especial provido em parte.* (REsp 933.599/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 28/03/2008)

“*PROCESSUAL CIVIL. ART. 458, II, DO CPC ART. 557, § 2°, DO CPC. MULTA. AFASTAMENTO. Se o julgado declina de forma adequada e suficiente as razões pelas quais entende que seria o caso de aplicação de multa, afasta-se a prefaciai de nulidade com base no artigo 458, II, do CPC Não sendo o agravo manifestamente inadmissível ou infundado, é imperioso o afastamento da multa aplicada com base no art. 557, § 20, do CPC. Recurso especial provido*.” (REsp 908.589(SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2007, ai 10/04/2007 e. 211)

“*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PREQUESTIONADORES. POSSIBILIDADE. SÚMULA N.° 98/STJ INCIDÊNCIA. MULTA DO ART. 538 DO CPC AFASTADA. I - Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535. I e II, do Código de Processo Civil, ou para sanar erro material. - Objetivando a embargante satisfazer os pressupostos de admissibilidade dos recursos para os Tribunais Superiores, em especial o prequestionamento, não devem os embargos de declaração ser considerados protelatórios. Incidência da Súmula n.° 98ISTJ. Embargos de declaração acolhidos*.” (EDcl no AgRg no REsp 979.222/RS, Re., Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009. DJe 15/06/2009)

89. Ora, a Recorrente interpôs o Agravo Interno, pois se sentiu lesada com a decisão que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento, em razão da jurisprudência consolidada deste E. Superior Tribunal de Justiça, e em ofensa aos artigos mencionados posto que merece reforma o despacho que determinou a penhora sobre o faturamento da empresa, haja vista que a jurisprudência dominante neste Tribunal Superior é no sentido de que a penhora mencionada significa penhora sobre o próprio estabelecimento comerciai Logo, em momento algum o interesse da Recorrente foi de protelar o feito.

90. Ademais, a Recorrente estava em seu direito de recorrer, sendo que demonstrou que a decisão daquele nobre julgador não estava em consonância com a jurisprudência do STJ e com os artigos mencionados posto que penhora sob faturamento não esta na mesma gradação legal da penhora em dinheiro. Portanto, merece ser revista a decisão, mas não foi o que aconteceu. Ao contrário do esperado, foi aplicada a referida multa como se infundado fosse o recurso.

91. Deve-se considerar que o Exmo. Desembargador Relator sequer analisou os argumentos da Recorrente em sede de Agravo Interno, sendo que este é um recurso judicial existente nos tribunais com o intuito de provocar a revisão de suas próprias decisões;

*Art. 1.021.  Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.*

*§ 1o Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.*

*§ 2o O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.*

*§ 3o É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.*

*§ 4o Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.*

92. Da leitura dos citados dispositivos legais, verifica-se que contra a decisão que negar seguimento ao Recurso de Agravo de Instrumento é cabível, no prazo de 15 dias, o Agravo do próprio art. 1.021 § 4º. DO CPC. Logo, a Recorrente apenas serviu-se do instrumento a ela ofertado tanto pelo Código de Processo Civil Brasileiro como pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não havendo que se falar em intuito de procrastinar o feito ou de recurso infundado.

93. Não se pode olvidar que o objetivo a ser alcançado com a interposição do agravo regimental foi a integração do pensamento do E. Tribunal do ..., já que um de seus membros isoladamente praticou em nome do colegiado. ato a cujo respeito tenha a parte fundada razões para acreditar que a corte não o endossaria.

94. O fim do interposto Agravo Interno foi o de possibilitar o imediato conhecimento, pelo grupo de desembargadores, do despacho proferido individualmente por um dos membros daquele Tribunal, isso tudo, considerando que as decisões proferidas individualmente pelo relator devem significar o pensamento, senão da totalidade, ao menos da maioria dos integrantes da corte, pelo órgão colegiada.

95. Diante do exposto, evidencia-se a necessidade de afastamento da multas aplicadas, em razão de a Recorrente ter se valido de direito de recurso contra decisão que lhe pode ocasionar grave lesão, no caso cm tela, a penhora sobre o seu faturamento.

IV. REQUERIMENTO

96. ***Ex positis***, e pelo mais que será suprido por Vossas Excelências, a Recorrente requer:

a) o conhecimento e posterior integral provimento do presente Recurso Especial, reformando-se o v. acórdão recorrido, nos termos do presente recurso, para declarar a inconformidade do v. acórdão de agravo do art. 1.021, §4º do CPC, em negativa de vigência do disposto no artigo 11, inciso e IV, da Lei n°6.830/80 e nos artigos 805, 835, V e 834, todos do CPC, no que tange à ordem de preferência legal da penhora, em razão do dissídio jurisprudencial apresentado e em especial para afastar as multas aplicadas tanto no acórdão do agravo (1%), quanto no acórdão de embargos de declaração (1%);

b) *ad cautelam* requer-se, no caso de totalmente procedente o presente recurso, seja autorizado o levantamento do depósito efetuado dos valores relativos a multa por meio de alvará a ser expedido em favor da ora Recorrente requer-se que todas as publicações, via diário, sejam realizadas, obrigatoriamente em nome do procurador, ..., OAB/... ..., sob pena de nulidade.

P. Deferimento.

(Local e Data)

(Assinatura e OAB do Advogado)