

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.817 - SP (2015/0184086-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : SPAVIAS ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : LAÉRCIO MONTEIRO DIAS E OUTRO(S)
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA
RECORRIDO : BANCO SAFRA S A
ADVOGADOS : SERGIO BERMUDES
MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA E OUTRO(S)
INTERES. : SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
INTERES. : ANDRÉ VON BENTZEEN RODRIGUES
INTERES. : BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA COM PARTICIPAÇÃO NA EMPRESA EXECUTADA. COINCIDÊNCIA ENTRE OS SÓCIOS. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS EM RAZÃO DA CITAÇÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA ATINGIDA. PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (CPC/1973, ART. 249, § 1º). TEORIA DA *DISREGARD DOCTRINE* (CC/2002, ART. 50). REQUISITOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL RECONHECIDA. MATÉRIA DE PROVA (SÚMULA 7/STJ). PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA. REDUÇÃO. PERCENTUAL FIXADO COM BASE NA APRECIÇÃO DOS FATOS DA CAUSA. INVIABILIDADE NESTA ESTREITA VIA. POSSIBILIDADE DE POSTERIOR ALTERAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DURANTE A EXECUÇÃO, CASO SE MOSTRE ADEQUADA A PROVIDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (CPC/1973, ARTS. 17, 18 E 538, PARÁGRAFO ÚNICO). NÃO CARACTERIZAÇÃO. PENALIDADES AFASTADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A questão relativa à prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da *disregard doctrine*, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, encontra precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: "*A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade*" (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015).

2. Hipótese em que, ademais, não foi demonstrada a existência de prejuízo à defesa, uma vez que, reconhecida a coincidência entre os quadros societários das empresas envolvidas, verificou-se que os sócios administradores da sociedade recorrente já figuravam no polo passivo da execução, o que lhes possibilitou o exercício do contraditório acerca da aplicação da *disregard doctrine* antes de proferida qualquer decisão a respeito. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas (CPC/1973, art. 249, § 1º).

3. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência dos requisitos autorizadores da desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária executada, decretada nos termos do art. 50 do CC/2002, a revisão das conclusões contidas no acórdão recorrido, fundamentado no exame aprofundado das provas produzidas, exigiria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a penhora sobre o faturamento de empresa é admitida em casos em que se mostre necessária e adequada, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) inexistência de bens passíveis de garantir a execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador (CPC/73, art. 655-A, § 3º); e III) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial. Precedentes.

5. Inviável, na via estreita do especial, o exame da pretensão de redução do percentual estabelecido para a penhora - fixado em 30% sobre o faturamento bruto mensal da sociedade executada -, uma vez que fixado pelo Tribunal de origem com base na apreciação dos fatos da causa. A revisão do percentual da penhora poderá ser feita pelas próprias instâncias ordinárias, caso se mostre adequada essa providência, durante a execução.

6. Tratando-se de embargos de declaração opostos com o intuito de prequestionar matéria infraconstitucional trazida no recurso especial, não há por que inquiná-los de protelatórios, tampouco para considerar a parte como litigante de má-fé, uma vez que esta não pode ser presumida, sendo necessária a comprovação do dolo da parte, ou seja, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil. Penalidades afastadas.

7. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Após o voto do relator dando parcial provimento ao recurso especial, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti dando parcial provimento ao recurso em menor extensão, divergindo em parte do relator, no que foi acompanhada pelos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi, e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando o relator, a Quarta Turma, por maioria, decide dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti. Vencidos em parte o Sr. Ministro Raul Araújo, relator, e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que davam parcial provimento ao recurso em maior extensão. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi. Sustentaram, oralmente, os Drs. José Anchieta da Silva, pela parte

Superior Tribunal de Justiça

recorrente, e André Silveira, pela parte recorrida.

Brasília, 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.817 - SP (2015/0184086-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : SPAVIAS ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : LAÉRCIO MONTEIRO DIAS E OUTRO(S)
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA
RECORRIDO : BANCO SAFRA S A
ADVOGADOS : SERGIO BERMUDEZ
MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA E OUTRO(S)
INTERES. : SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
INTERES. : ANDRÉ VON BENTZEEN RODRIGUES
INTERES. : BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por SPAVIAS ENGENHARIA LTDA contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos dão conta de que, na ação de execução de título extrajudicial promovida por BANCO SAFRA S/A contra SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, ANDRÉ VON BENTZEEN RODRIGUES e BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES, buscando a cobrança de crédito correspondente a R\$ 127.166.963,58 (cento e vinte e sete milhões, cento e sessenta e seis mil, novecentos e sessenta e três reais e cinquenta e oito centavos), foi desconsiderada a personalidade jurídica da empresa executada e, em consequência, incluída no polo passivo da demanda a SPAVIAS ENGENHARIA LTDA, ora recorrente, determinando-se o bloqueio de ativos financeiros dos executados e desta última (fls. 52/57).

Revelando-se infrutíferas as tentativas de bloqueio *on line*, foi deferida a penhora de recebíveis das corrés SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e SPAVIAS ENGENHARIA LTDA, até o limite do débito (fl. 58).

Inconformada, SPAVIAS ENGENHARIA LTDA interpôs agravo de instrumento, tendo o il. Desembargador Relator dado parcial provimento ao recurso, apenas para "*que se limite a constrição judicial a trinta por cento do faturamento bruto, conforme precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 287.603)*" (fls. 1.501/1.505).

Seguiu-se agravo regimental, improvido nos termos do v. acórdão assim ementado:

Superior Tribunal de Justiça

"RECURSO - Agravo de instrumento - Manifesta parcial procedência, que permite ao relator decidir desde logo - Inteligência do disposto no art. 557 do Cód. de Proc. Civil - Aplicação, outrossim, do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça - Caso, ademais, em que a interposição do regimental permite aos agravantes levar a matéria ao conhecimento do colegiado, com o que de nenhum prejuízo podem se queixar - Decisão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento mantida - Agravo regimental improvido." (fl. 1.846).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, com aplicação de multa e indenização por litigância de má-fé (fls. 1.889/1.893).

Inconformada, SPAVIAS ENGENHARIA LTDA interpôs recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 17, IV, V e VII, 18, 38, 215, 535, II, 538, parágrafo único, e 620 do Código de Processo Civil/1973, 50 e 1.122 do Código Civil/2002 e 233, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, bem como divergência jurisprudencial no tocante ao percentual fixado para a penhora.

Alega a recorrente, em síntese: **a)** omissão relativamente aos seguintes pontos: *I)* inexistência de poderes especiais para recebimento de citação pelos procuradores dos administradores executados; *II)* prévio conhecimento e ausência de oportuna oposição do recorrido acerca da operação de cisão parcial da executada SPA; *III)* *"inexistência de transferência, pela SPA à Recorrente, do contrato cujos créditos foram cedidos em garantia ao Recorrido, bem como a não configuração de confusão patrimonial pela transferência de acervos/atestados técnicos"* (fl. 1.888); e *IV)* excesso do percentual fixado para a penhora; **b)** inexistência de litigância de má-fé e também de caráter protelatório nos embargos de declaração opostos, a justificar as penalidades aplicadas à recorrente; **c)** violação dos arts. 38 e 215 do CPC, decorrente da ausência de citação da parte, uma vez que *"não há como se considerar realizada a citação da Recorrente na pessoa dos Executados André e Bruno, se não houve a outorga de procuração aos seus advogados com poderes para receber a citação em nome da Recorrente"* (fl. 1.903); **d)** violação do art. 233, parágrafo único, da Lei 6.404/76 e dos art. 50 e 1.122 do CC/2002, em razão: *I)* da *"ausência de qualquer tipo de oposição do Recorrido quanto à cisão parcial da Executada SPA e consequente aplicação da teoria da supressio"* (fl. 1.907), havendo, inclusive, na cisão parcial da SPA, *"ressalva quanto à inexistência de solidariedade entre ela e a Recorrente"* (fl. 1.911); *II)* inexistência de confusão patrimonial a justificar a desconsideração da personalidade jurídica da executada SPA, uma vez que *"a existências dos mesmos sócios na*

Superior Tribunal de Justiça

pessoa jurídica cindida e na pessoa jurídica beneficiária da cisão é comum neste tipo de operação societária" (fl. 1.915), não havendo, também, *"nada de irregular no compartilhamento ou transferência de acervos ou atestados técnicos entre pessoas jurídicas"* (fl. 1.917); e *e) "excesso da penhora de 30% (trinta por cento) de todos os recebíveis (receita bruta) da Recorrente"*, uma vez que o patamar inviabiliza as atividades da empresa e infringe o princípio da menor onerosidade previsto no art. 620 do CPC, sendo a orientação jurisprudencial no sentido de limitar em 5% o percentual de incidência (fl. 1.917).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.950/1.988), sustentando o recorrido, em preliminar, a inexistência de omissão e a incidência dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

No mérito, rebate as alegações da recorrente e afirma que *"a desconsideração da personalidade jurídica foi deferida após análise minuciosa dos fatos e das provas constantes dos autos, em que restou inequivocamente demonstrada que a operação de cisão da SPA ENGENHARIA em benefício da SPAVIAS operou verdadeiro esvaziamento patrimonial fraudulento, com a presença de 'confusão patrimonial' (fl. 1.848), 'desvio de finalidade' (fl. 1.848) e 'esvaziamento patrimonial', o que 'evidencia o abuso da personalidade jurídica' (fl. 1.849)"* (fl. 1.957).

Ajuizada medida cautelar perante o eg. Superior Tribunal de Justiça, foi deferida liminar para *"reduzir a penhora para 5% (cinco por cento) do faturamento bruto mensal da sociedade empresária agravante, até ulterior deliberação"* (MC 23.639/SP).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.817 - SP (2015/0184086-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : SPAVIAS ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : LAÉRCIO MONTEIRO DIAS E OUTRO(S)
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA
RECORRIDO : BANCO SAFRA S A
ADVOGADOS : SERGIO BERMUDEZ
MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA E OUTRO(S)
INTERES. : SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
INTERES. : ANDRÉ VON BENTZEEN RODRIGUES
INTERES. : BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

1. Inicialmente, rejeita-se a preliminar de violação ao art. 535, II, do CPC/73, porquanto as questões submetidas à Corte Estadual foram suficiente e adequadamente decididas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.

Nesse contexto, impende ressaltar, em companhia da tradicional doutrina e do maciço entendimento pretoriano, que o julgado apenas será omissos quando, sem analisar a questão colocada sob apreciação judicial, ou mesmo promovendo o necessário debate, deixa, num caso ou no outro, de considerar aspecto por si só relevante para influir na solução reclamada, o que não ocorre na espécie.

Com efeito, no que se refere à alegada ausência de poderes dos advogados para o recebimento de citação, a questão ficou prejudicada em razão do entendimento, firmado pelo eg. Tribunal de origem, da desnecessidade da citação da sociedade empresária.

Quanto aos outros pontos, foram examinados no contexto da desconconsideração da personalidade jurídica, sendo que, especificamente no que se refere ao excesso da penhora determinada em primeiro grau de jurisdição, ficou esta expressamente reconhecida, tanto que o agravo de instrumento foi parcialmente provido para reduzir o percentual anteriormente fixado.

Afastada, portanto, a alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, as demais questões trazidas a debate são as seguintes: **a)** necessidade de citação pessoal da recorrente, atingida por penhora em decorrência da desconconsideração da personalidade jurídica da executada SPA; **b)** inexistência de confusão patrimonial ou de outros requisitos para a desconconsideração da personalidade jurídica; **c)** ausência de oposição oportuna do recorrido quanto à cisão parcial das

empresas; **d)** excesso do percentual fixado para a penhora; **e)** inexistência dos requisitos para a condenação por litigância de má-fé e aplicação de multa nos embargos de declaração opostos pela recorrente.

2. Examina-se primeiro, por sua prejudicialidade, a matéria relativa à citação da recorrente.

Cuidando-se de execução de título extrajudicial promovida pelo BANCO SAFRA S/A contra SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, ANDRÉ VON BENTZEN RODRIGUES e BRUNO VON BENTZEN RODRIGUES, a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária executada foi expressamente requerida pelo exequente já na petição inicial (fls. 66/82) para, em consequência, incluir no polo passivo da ação também a SPAVIAS ENGENHARIA LTDA. Sustentou, para tanto, que as sociedades seriam *"do mesmo grupo econômico e que, após operação de cisão, foi para ela transferido o acervo técnico da devedora principal, incluindo o correspondente ao contrato cujos recebíveis foram cedidos em garantia ao crédito em execução"* (fl. 52).

O exame do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora foi postergado pelo juízo da execução, o qual decidiu que, primeiro, dever-se-ia *"tentar localizar bens da própria empresa executada"* (fl. 193).

Devidamente citados, os executados embargaram a execução (fls. 753/805) e, também, impugnaram o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica de SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (fls. 403/426).

No entanto, uma vez que não localizados bens à penhora (fl. 56), o il. Magistrado de piso, escorando-se em seu poder geral de cautela, e aplicando a regra do artigo 50 do Código Civil/2002, deferiu o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, determinando a inclusão da SPAVIAS no polo passivo da demanda e, em consequência, a penhora de ativos financeiros desta e dos demais executados (fls. 53/56).

Posteriormente, revelando-se também infrutífera a tentativa de bloqueio de ativos financeiros, foi deferida a penhora de recebíveis da devedora principal, SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, assim como de SPAVIAS ENGENHARIA LTDA, até o limite do débito (fl. 58).

No agravo de instrumento interposto por SPAVIAS ENGENHARIA LTDA, o eg.

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau no tocante à desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada e à penhora de recebíveis de ambas as empresas, dando parcial provimento ao recurso apenas para limitar *"a constrição judicial a trinta por cento do faturamento bruto"* (fl. 1.504).

Esse, em síntese, o contexto em que operada a desconsideração da personalidade jurídica da empresa SPA ENGENHARIA e, em consequência, determinada a inclusão da recorrente no polo passivo da ação executiva.

No presente recurso especial, SPAVIAS ENGENHARIA LTDA sustenta que *"não poderiam ser penhorados bens ou direitos do patrimônio da Recorrente, no processo de execução de título extrajudicial, sem antes ser realizada sua citação regular, sob pena de subversão das normas previstas para o procedimento em questão"* (fl. 1.904). Afirma, outrossim, que *"a simples presença dos Executados André e Bruno no polo passivo da execução movida pelo Recorrido não pode ser tida como suficiente [para] suprir a citação da Recorrente"* (fl. 1.902), uma vez que, *"a despeito de serem administradores da Recorrente, não outorgaram aos seus procuradores o poder especialíssimo para receber citação"* (fl. 1.902).

Não lhe assiste razão, no entanto.

No tocante à citação prévia do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da *disregard doctrine*, a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada no sentido de que *"A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade"* (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015).

Nesse sentido, entre outros:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. MATÉRIA ESTRANHA À FINALIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO

Superior Tribunal de Justiça

CARACTERIZADA. 4. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1.

2. A verificação da presença dos requisitos para a aplicação da disregard doctrine previstos no art. 50 do Código Civil, por constituir matéria fática, é vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedente.

3. Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ.

4. Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1.459.784/MS, Rel. **Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/8/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS - ALEGAÇÃO DE NULIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DO SÓCIO.

1. Tribunal de origem adotou entendimento em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior que "a superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade" (REsp 1096604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012). Aplicação da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.125.501/PR, Rel. **Ministro MARCO BUZZI**, QUARTA TURMA, DJe de 24/4/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRÉVIA CITAÇÃO. DESNECESSIDADE. NULIDADE. AUSÊNCIA. EFETIVO PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS AUTORIZADORES. REVISÃO. INVIABILIDADE. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ.

1. A falta de citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, por si só, não induz nulidade, a qual apenas será

Superior Tribunal de Justiça

reconhecida nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da defesa.

2. O Tribunal local concluiu pelo abuso da personalidade jurídica da sociedade executada, caracterizado pela confusão patrimonial, a partir da análise das provas produzidas. Assim, a alteração das conclusões do acórdão depende do reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.471.665/MS, Rel. **Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/12/2014)

Ainda que tal entendimento não reflita a opinião pessoal deste Relator sobre o tema, externada em inúmeros julgamentos, nos quais ressaltei a necessidade de prévia oitiva dos sócios cujos bens possam ser atingidos pela medida excepcional da desconsideração da personalidade jurídica da devedora original, como garantia do contraditório e do devido processo legal, entendo que, aqui, a providência, tal qual adotada, se justifica, tendo em vista a inexistência de prejuízo para a ampla defesa da recorrente.

Com efeito, conforme já ressaltado, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora e a consequente inclusão da recorrente no polo passivo da execução foram expressamente requeridas e justificadas pelo exequente já na própria petição inicial. Assim, devidamente citados tanto a pessoa jurídica devedora, SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, como os sócios ANDRÉ VON BENTZEN RODRIGUES e BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES, sócios de ambas as empresas e administradores da recorrente, tiveram estes a oportunidade de, *initio litis*, e, frise-se, antes de proferida qualquer decisão a respeito, exercer amplo contraditório acerca da pretensão de aplicação da *disregard doctrine*.

Ademais, conforme foi observado pelo il. Juízo de primeiro grau, haveria entre a empresa executada (SPA ENGENHARIA) e a sociedade recorrente (SPAVIAS), uma coincidência nos respectivos quadros societários, descrita nos seguintes termos:

"[...] Como se não bastasse, não pode deixar de ser mencionada a coincidência entre os quadros societários das empresas.

Documento a fls. 84/92 demonstra que a SPA tem como sócios BRP Participações e Locações Ltda., SPAVIAS, Espólio de Rubio Ortiz Von Bentzeen Rodrigues, Andre Von Bentzeen Rodrigues e Bruno Von Bentzeen Rodrigues.

Não por mera coincidência, SPAVIAS tem como sócios Andre Von Bentzeen Rodrigues, BRP - Participações e Locações Ltda. e Bruno Von Bentzeen Rodrigues (fls. 262/263).

Superior Tribunal de Justiça

Por fim, oportuno observar que os sócios da empresa BRP Participações e Locações Ltda. são André Von Bentzen Rodrigues e Bruno Von Betzen Rodrigues (fls. 285/292)" (fl. 54).

Em vista disso, deferida a desconsideração da personalidade jurídica da executada SPA ENGENHARIA, o il. Juízo de primeiro grau considerou desnecessária a citação da recorrente, SPAVIAS, *"porquanto seus sócios já figuram no polo passivo da demanda, seja como pessoas físicas, seja como sócios da SPA"* (fl. 56).

De fato, verifica-se que, na espécie, antes mesmo de decidida a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, a recorrente, por seus sócios *André e Bruno*, teve a oportunidade de impugnar o pedido respectivo, o que se fez tanto em sede de embargos à execução (fls. 753/805) como por petição juntada aos autos, em que se reiterou a defesa pela inexistência dos requisitos para a aplicação da *disregard doctrine* (fls. 403/426). Portanto, não se pode considerar que, no caso, a recorrente tenha sofrido qualquer prejuízo em sua defesa.

Aliás, a inexistência de prejuízo à defesa da recorrente se confirma também a partir das constatações apontadas do eg. Tribunal *a quo*, o qual observou que, não apenas a recorrente estaria *"representada em juízo pelos mesmos procuradores dos demais executados"* (fl. 1.502), como, também, que teria, em seu agravo de instrumento, se limitado a *"repetir os argumentos apresentado no AI 2126098-11.2014.8.26.0000"* (fl. 1.502), anteriormente interposto pelos demais executados.

Nesses termos, considerando que, em casos tais, a anulação dos atos processuais somente se justifica como meio de garantia do contraditório e do devido processo legal, e que, no caso, conforme ressaltado, não ficou demonstrado nenhum prejuízo à ampla defesa da recorrente, a anulação dos atos processuais não se justifica.

Com efeito, diante do quadro que ora se apresenta, a melhor solução encontra-se na aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no art. 249, § 1º, do CPC/1973, a teor do qual o reconhecimento da nulidade de atos processuais exige efetiva demonstração de prejuízo suportado pela parte interessada (*pas de nullité sans grief*).

Conforme entendimento consagrado por esta eg. Corte Superior, *"não se decreta a nulidade de atos processuais se não houver a efetiva demonstração de prejuízos à parte interessada"* (AgRg no Ag 816.461/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2014).

Superior Tribunal de Justiça

A propósito da incidência desse princípio em casos como o presente, cita-se, entre outros, o seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO AFASTADA. EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO VERIFICADO. OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 98/STJ.

1. Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/STJ.

2. A falta de citação da empresa cuja personalidade foi desconsiderada, por si só, não induz nulidade, capaz de ser reconhecida apenas nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da defesa, inexistente na hipótese.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido."

(REsp 1.253.383/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 5/10/2012).

Afastada, nesses termos, a existência de eventual nulidade processual, prossegue-se no exame das demais questões postas no recurso.

3. Também não prospera o recurso quanto à alegada ofensa ao art. 50 do Código Civil/2002.

A recorrente alega não estarem presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, operada nos termos do mencionado dispositivo legal, sustentando a *"inexistência de transferência, pela SPA à Recorrente, do contrato cujos créditos foram cedidos em garantia ao Recorrido, bem como a não configuração de confusão patrimonial pela transferência de acervos/atestados técnicos"* (fl. 1.888).

Observa-se, entretanto, que, no caso, a aplicação da doutrina da *disregard* pelo d. Juízo de primeiro grau foi decidida à base da seguinte fundamentação (fls. 52/57):

"Em que pese o alegado pelos executados, há prova nos autos da formação de grupo econômico entre SPA e SPAVIAS, em razão da existência de confusão patrimonial e coincidência entre os quadros societários. Explica-se.

Quando da cisão parcial da SPA e incorporação da parcela cindida de seu patrimônio pela Rodominas Engenharia S.A., atualmente denominada

Superior Tribunal de Justiça

SPAVIAS, estipulou-se nas cláusulas 3.6 e 3.7 do protocolo respectivo os bens que seriam transferidos para SPAVIAS, constando que passaria a fazer o uso irrestrito e compartilhado do Acervo Técnico da sociedade cindida, especificado no Anexo I, e que os contratos listados no Anexo II seriam a ela transferidos, após a aprovação dos respectivos contratantes (fls. 88/89).

Observado o Anexo I, verifica-se que o Contrato 053/10, firmado entre a primeira executada e a Valec - objeto da garantia concedida ao exequente - está ali listado (fl. 121), entre diversos outros contratos.

De acordo com a cláusula 3.9 do protocolo de cisão parcial (fls. 89/90), a SPAVIAS responderá apenas e tão somente pelas obrigações descritas neste instrumento a ela transferidas pela SPA. Ausente solidariedade entre as duas sociedades, estipulou-se que nenhuma outra obrigação da SPA será transferida para a SPAVIAS em decorrência da cisão parcial.

Assim sendo, independentemente da não oposição pelo credor, na forma do parágrafo único do artigo 233 da Lei das S/A, e do decurso do prazo para invalidação da cisão, de acordo com o artigo 1122 do Código Civil, considerando que o Acervo Técnico referente ao contrato objeto da garantia não foi propriamente transferido para a SPAVIAS, e sim passou a ser compartilhado pelas duas empresas, inaplicável a cláusula 3.9 do protocolo de cisão parcial, de modo que a questão não deve ser examinada sob o ponto de vista societário, e sim a partir do disposto no artigo 50 do Código Civil.

Isso porque, pactuado o indigitado compartilhamento do referido contrato, além de vários outros, operou-se verdadeira confusão patrimonial entre as duas empresas, pois se permitiu que a SPAVIAS fizesse uso dos ativos da SPA para desenvolvimento de atividades no mesmo ramo de atuação. Como se não bastasse, não pode deixar de ser mencionada a coincidência entre os quadros societários das empresas.

Documento a fls. 84/92 demonstra que a SPA tem como sócios BRP Participações e Locações Ltda., SPAVIAS, Espólio de Rubio Ortiz Von Bentzen Rodrigues, Andre Von Bentzen Rodrigues e Bruno Von Bentzen Rodrigues.

Não por mera coincidência, SPAVIAS tem como sócios Andre Von Bentzen Rodrigues, BRP - Participações e Locações Ltda. e Bruno Von Bentzen Rodrigues (fls. 262/263).

Por fim, oportuno observar que os sócios da empresa BRP Participações e Locações Ltda. são André Von Bentzen Rodrigues e Bruno Von Betzen Rodrigues (fls. 285/292).

Essa confusão entre sócios e empresas com mesmo ramo de atividade caracteriza o abuso de personalidade da executada, pela confusão patrimonial e o intuito de se furtar ao cumprimento de suas obrigações, ensejando o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil, para reconhecer a existência de um mesmo grupo econômico entre SPA e SPAVIAS.

Nesse sentido já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:
[...]

Acrescente-se que a empresa VALEC sequer respondeu o ofício expedido

Superior Tribunal de Justiça

por este Juízo, em 24 de fevereiro deste ano, questionando sobre as verbas supostamente devidas à SAP a título de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços, as quais foram dadas em garantia ao exequente (fl. 30).

Ademais, há notícia de ação judicial ajuizada pela VALEC, na qual pleiteia a rescisão contratual com a executada (fls. 203/205). Outrossim, documento a fl. 207 demonstra a celebração de contrato para a execução da obra, antes realizada pela executada, por outra empresa, bem como a fl. 209 se observa que não há depósito da garantia desde fevereiro de 2012, desrespeitando cláusula contratual. Este panorama compromete a garantia prestada pela executada.

Por certidões a fls. 233/239 e 241/259, expedidas por Cartórios de Registros de Imóveis, verifica-se que a executada não possui qualquer bem em São Paulo - SP ou em Belo Horizonte MG, cidades nas quais possui matriz e filiais (fls. 84).

Embora a executada afirme que seus bens não se limitam aos imóveis, não juntou qualquer documento a comprovar a propriedade de outros bens. É de se estranhar a inexistência de bens imóveis em nome da executada, empresa de porte considerável a ponto de celebrar contratos administrativos vultosos.

Por todas essas razões, presentes os requisitos legais, defiro a desconsideração da personalidade jurídica da executada para incluir a SPAVIAS no pólo passivo da demanda, com as anotações devidas.

Ressalte-se, por oportuno, que desnecessária a citação da SPAVIAS, porquanto seus sócios já figuram no pólo passivo da demanda, seja como pessoas físicas, seja como sócios da SPA, de modo que haverá qualquer prejuízo para o direito de defesa.

Diante do pedido de fl. 316, defiro o pedido de bloqueio on line dos ativos financeiros em nome de SPAVIAS (CNPJ 06.059.982/0001-73 fl. 316) e de todos os demais executados, até o montante do débito, a saber, R\$ 127.166.963,58 (fl. 126), independentemente do prévio recolhimento das custas devidas, para assegurar a efetividade da medida.

Caso positivo, proceda-se à transferência para o Banco do Brasil. Após, e, uma vez satisfeito o Juízo, intimem-se pela imprensa para ciência do bloqueio.

No caso do bloqueio superar o valor da dívida fica, desde já, autorizado o desbloqueio do valor a maior.

Infrutífera a penhora, manifeste-se o exequente em termos de prosseguimento, devendo, ainda, providenciar o recolhimento das custas devidas pelo bloqueio ora deferido."

O eg. Tribunal de origem, por sua vez, manteve a desconsideração da personalidade jurídica a partir das seguintes considerações (fls. 1.848/1.849):

"[...]

Em verdade, o que se analisa na presente demanda é a existência ou não dos requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, vale dizer, a possibilidade de pontualmente estender 'os efeitos de certas e

determinadas relações de obrigações' aos 'bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica', conforme estabelece o art. 50 do Cód. Civil.

No caso, e como bem apontou o culto Magistrado, ainda que regular a participação dos mesmos sócios em mais de uma sociedade, com objeto social semelhante, a participação recíproca entre a empresa agravante e aquela que se pretende incluir nesta demanda, bem como a presença dos mesmos sócios, indicam a confusão patrimonial a que alude o dispositivo legal.

Quadro ainda mais grave se tem quando se constata que, entre as disposições inseridas nos contratos que regularam a cisão e incorporação da empresa agravante e da SPAVIAS, verifica-se cláusula que estabelece o compartilhamento irrestrito de 'Acerco Técnico' da empresa cindida, ora agravante-executada (cláusulas 3.6 e 3.7 do protocolo).

É verdade que os agravantes afirmam que referido 'acervo técnico' não seria de propriedade das empresas, mas sim conhecimento acumulado por seus profissionais, o que, sem dúvida, causa certa estranheza, já que ninguém pode ceder ou compartilhar aquilo que não possui.

Todavia, e abstraindo-se tal situação, a verdade é que, nesses casos em que há participação cruzada entre sociedades e mesmos sócios, torna-se impossível distinguir efetivamente quais bens compõe o patrimônio de cada uma dessas sociedades, já que uma possui quotas ou ações da outra a que, em última instância, corresponde um direito de participação e também de crédito relativo aos seus haveres.

Há, igualmente, e como dito, evidente unidade gerencial e mesmo laboral representada por aquele 'acervo técnico' que expressamente se compartilhou -, com o que 'está perfeitamente configurada ainda a confusão patrimonial, suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica' (RT 868/251 "in" THEOTONIO NEGRÃO, "Código Civil e legislação civil em vigor", Saraiva, 32ª edição, 2013, p. 67, nota 5 ao art. 50).

Anote-se, outrossim, que tal medida se deu apenas depois de realizadas exaustivas buscas por bens da empresa agravante sem sucesso, inclusive no que toca aos créditos que garantiriam o contrato de mútuo que se executa (oficiada a empresa devedora, não houve resposta) e bens imóveis.

Os agravantes executados, por sua vez, também não indicaram bens, com o que resta configurado certo esvaziamento patrimonial que, em conjunto com os demais elementos, evidencia o abuso da personalidade jurídica.

Assim, nada há de irregular na desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, estendendo a seus sócios os efeitos da execução, exatamente como está na r. decisão agravada."

Nesses termos, em que pese a argumentação da recorrente, verifica-se que a confusão patrimonial foi reconhecida e devidamente justificada pelas instâncias ordinárias a partir do exame aprofundado das provas produzidas nos autos, e, nesse passo, a modificação das conclusões contidas no v. acórdão recorrido exige o revolvimento de matéria fática, inviável em

Superior Tribunal de Justiça

sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

A propósito:

"AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS AUTORIZADORES IDENTIFICADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL EXIGIRIA INCURSÃO NA PROVA DOS AUTOS, O QUE É VEDADO A ESTA CORTE SUPERIOR, NOS TERMOS DA SÚMULA 07/STJ. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS."

(AgRg no REsp 1.320.732/GO, Rel. **Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014)

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece de recurso especial, por pretensa ofensa ao art. 535 do CPC, quando a alegação é genérica, incidindo, no particular, a Súmula 284/STF.

2. Quanto ao art. 2º da CLT, a insurgência esbarra no óbice contido na Súmula n. 07/STJ, porquanto, à luz dos documentos carreados aos autos, que apontaram as relações comerciais efetuadas pela executada e pela recorrente, o Tribunal a quo chegou à conclusão de que se tratava do mesmo grupo de empresas.

3. A indigitada ofensa ao art. 265 do Código Civil não pode ser conhecida, uma vez que tal dispositivo, a despeito de terem sido opostos embargos declaratórios, não foi objeto de prequestionamento nas instâncias de origem, circunstância que faz incidir a Súmula n. 211/STJ.

4. **Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial, a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular n. 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância a quo, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial.**

5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC." (REsp 1.071.643/DF, Rel. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**,

QUARTA TURMA, DJe de 13/4/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRÉVIA CITAÇÃO. DESNECESSIDADE. NULIDADE. AUSÊNCIA. EFETIVO PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS AUTORIZADORES. REVISÃO. INVIABILIDADE. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ.

1. A falta de citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, por si só, não induz nulidade, a qual apenas será reconhecida nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da defesa.

2. O Tribunal local concluiu pelo abuso da personalidade jurídica da sociedade executada, caracterizado pela confusão patrimonial, a partir da análise das provas produzidas. Assim, a alteração das conclusões do acórdão depende do reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.471.665/MS, Rel. **Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/12/2014)

4. A recorrente aponta, ainda, violação do art. 1.122 do Código Civil/2002 e do art. 233, parágrafo único, da Lei 6.404/76, apontando a inexistência de oposição oportuna por parte do credor quanto à cisão parcial da empresa devedora.

A matéria, no entanto, não tem incidência na espécie, uma vez que, conforme já apontado pelo eg. Tribunal *a quo*, "*não estando em discussão a validade das operações societárias envolvendo os agravantes e outras sociedades das quais fazem parte, não há falar em prazo para sua anulação*" (fl. 1.848).

De fato, a questão aqui em debate diz respeito à existência ou não dos requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, decidida à luz do art. 50 do Código Civil/2002.

5. Insurge-se a recorrente, também, contra o percentual estabelecido para a penhora incidente sobre os seus recebíveis, fixado pelo v. acórdão recorrido em 30% do faturamento bruto da sociedade empresária (fl. 1.849).

Alega que o percentual é elevado e inviabiliza o desenvolvimento da atividade empresarial, sendo, ademais, considerado excessivo nos termos dos padrões estabelecidos em julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a penhora sobre o faturamento de empresa é admitida em casos em que se mostre necessária ou adequada essa

Superior Tribunal de Justiça

medida, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) inexistência de bens passíveis de garantir a execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador (CPC/73, art. 655-A, § 3º) e; **III) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial.**

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 E 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. PRESSUPOSTOS. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A penhora de faturamento não é equivalente à penhora de dinheiro e reclama requisitos específicos.

2. É que a jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que "a penhora sobre faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque o STJ tem entendido que referida a constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o artigo 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. É admissível proceder-se à penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução ou sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa." (AgRg no REsp 768.946/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.08.2007, DJ 23.08.2007 p. 211)

3. In casu, não foram atendidos pela Corte a quo os requisitos necessários, sendo certo que o desatendimento de quaisquer deles é suficiente para invalidar a ordem de penhora sobre o faturamento.

4. Interposto o recurso por força da alínea c é passível de acolhimento diante da similitude fática, necessariamente aferível, o que torna incompatível nesses casos a aplicação da Súmula 7 do STJ.

5. Agravo regimental provido para dar provimento ao agravo de instrumento, determinando a subida do recurso especial"

(AgRg no Ag 1.032.631/RJ, Rel. p/ acórdão **Ministro LUIZ FUX**, PRIMEIRA TURMA, DJe de 2.3.2009)

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

1. Os pontos destacados no voto vencido não se mostram hábeis ao

Superior Tribunal de Justiça

imprescindível prequestionamento da matéria, o que faz incidir as Súmulas 211/STJ, 282/STF e 356/STF.

2. Conforme jurisprudência dominante desta Corte, em casos excepcionais é possível que a penhora recaia sobre faturamento ou rendimento de estabelecimento comercial ou industrial.

3. A penhora de 30% sobre o rendimento líquido da empresa pode ensejar a inibição de seu funcionamento, ou até mesmo a impossibilidade do cumprimento de compromissos salariais, situação que justifica a redução para 5% sobre o faturamento mensal.

4. A indicação compulsória de administrador, nos termos do art. 719 do Código de Processo Civil, não é possível. Deve ser indicada pessoa que aceite tal incumbência.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido."

(REsp 505.942/RS, Rel. **Ministra DENISE ARRUDA**, PRIMEIRA TURMA, DJ de 6/6/2005)

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

1. A penhora sobre o faturamento, admitida excepcionalmente, deve observar ao princípio da proporcionalidade, a fim de não permitir o arbitramento de percentual de desconto que inviabilize as atividades da empresa.

2. Na espécie, não é necessário reexaminar o conjunto fático-probatório para se constatar que o percentual arbitrado em 30% revela-se excessivo, devendo, portanto, ser reduzido para o patamar módico de 5%, parâmetro esse já adotado por esta Corte em outros precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 996.715/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 6/4/2009; REsp 1.137.216/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/11/2009; AgRg no REsp 503.780/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 29/9/2003.

3. Agravo regimental não provido"

(AgRg no Ag 1.180.367/SP, Rel. **Ministro BENEDITO GONÇALVES**, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/6/2011).

Na espécie, e conforme se observa nos precedentes citados, é forçoso reconhecer, quanto ao ponto, que assiste razão à recorrente.

Com efeito, é manifesto que a penhora sobre 30% do faturamento bruto mensal de uma empresa, normalmente se mostra elevada, podendo resultar na inviabilidade financeira da sociedade, na medida em que se pode estar a atingir parte da receita necessária à cobertura do próprio custo total de atuação da executada.

Nesses termos, considerando-se a orientação firmada em inúmeros precedentes desta Corte, e em observância ao disposto no art. 620 do CPC/1973, esse percentual deve ser

Superior Tribunal de Justiça

reduzido para 5% (cinco por cento) do faturamento bruto mensal da sociedade empresária.

6. Por fim, examina-se a questão referente à alegada violação dos arts. 17, IV, V e VII, 18 e 538, parágrafo único, do CPC/1973.

Na hipótese, as penalidades impostas à recorrente - multa e indenização por litigância de má-fé - foram assim justificadas, *in verbis*:

"Rejeitam-se, ante o exposto, os embargos de declaração e, reconhecido seu caráter meramente protelatório - é inadmissível a pretensão a ver apreciada omissão e contradição inexistentes - e de litigância de má-fé (resistência injustificada, procedimento temerário e interposição de recurso manifestamente protelatório - incisos IV, V e VII do art. 17 do Cód. de Proc. Civil), aplica-se à embargante pena de multa de 1% (um por cento) e condenação de indenização no valor de 10% (dez por cento) do valor da causa, atualizado, tudo com base no art. 18 e no parágrafo único do art. 538, ambos do Cód. de Proc. civil" (fls. 1.874/1.875).

A recorrente, com razão, alega que *"não descumpriu qualquer determinação judicial, apenas exerceu o seu constitucional direito de defesa ao manusear recurso cabível"* (fls. 1.895/1.896).

Conforme se observa, os embargos de declaração foram opostos com o intuito de prequestionar a matéria infraconstitucional trazida no presente recurso especial. Tal o desiderato dos embargos, não há por que inquiná-los de protelatórios, tampouco para considerar a parte como litigante de má-fé.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui orientação de que *"o simples fato de haver o litigante feito uso de recurso previsto em lei não significa litigância de má-fé"* (AgRg no REsp 995.539/SE, Terceira Turma, Rel. Min. **NANCY ANDRIGHI**, DJe de 12/12/2008). Isso, porque a má-fé, como se sabe, não pode ser presumida, sendo necessária a comprovação do dolo da parte, ou seja, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil.

Ademais, *"somente se justifica a aplicação da pena por litigância de má-fé se houver o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade, o que não está presente neste feito"* (REsp 523.490/MA, Terceira Turma, Rel. Min. **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**, DJ de 1º/8/2005), circunstância que, no caso, não ficou demonstrada.

Superior Tribunal de Justiça

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO AFASTADA. SÚMULA N. 284/STF. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. MULTA. REDUÇÃO. (...).

3. **É inviável a aplicação de multa por embargos de declaração protetatórios fora dos limites estabelecidos no art. 538, parágrafo único, do CPC.**

4. **Agravo regimental desprovido."**

(AgRg no AREsp 101.468/SP, Rel. **Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, TERCEIRA TURMA, DJe de 18/2/2014)

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PARTO GEMELAR. UM NATIMORTO. DESAPARECIMENTO DO CADÁVER. RESPONSABILIDADE DO NOSOCÓMIO PELA GUARDA DOS RESTOS MORTAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SEPULTAMENTO. OFENSA MORAL. VALOR DA REPARAÇÃO. REDUÇÃO. CABIMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA APELAÇÃO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFASTAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

4. **O simples fato de haver o litigante utilizado recurso previsto em lei não caracteriza a litigância de má-fé. Isso, porque esta não pode ser presumida, sendo necessária a comprovação do dolo da parte, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil.**

5. **Recurso especial parcialmente provido."**

(REsp 1.351.105/SP, Rel. **Ministro RAUL ARAÚJO**, QUARTA TURMA, DJe de 20/6/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - BRASIL TELECOM S/A - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - MULTA - AFASTAMENTO - NECESSIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 98/STJ - VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO - DATA DA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL - BALANCETE MENSAL CORRESPONDENTE - VERBA HONORÁRIA - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM DINHEIRO - FIXAÇÃO COM BASE NOS ARTS. 20, § 4º, DO CPC - AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **A multa imposta com fundamento no artigo 538, parágrafo único, do CPC, é de ser afastada, quando, embora tenham sido rejeitados os embargos de declaração, estes tenham sido opostos com a finalidade de prequestionamento da questão federal, conforme disposto na Súmula n. 98 desta Corte, in verbis: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protetatório'.**

(...)

Superior Tribunal de Justiça

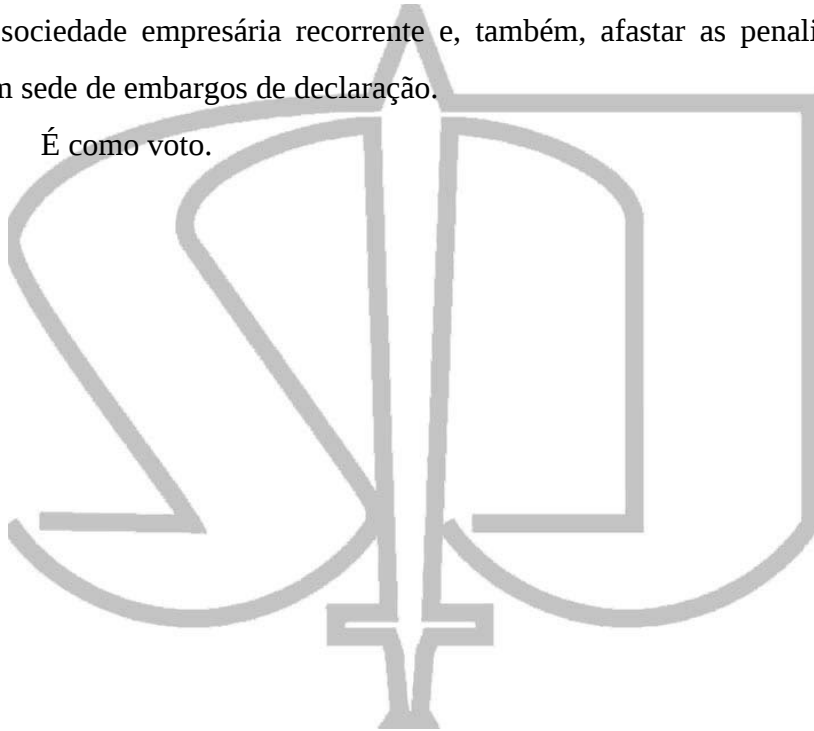
4. Agravo regimental parcialmente provido."

(AgRg nos EDcl no Ag 928.938/RS, Terceira Turma, **Rel. Ministro MASSAMI UYEDA**, DJe de 5/11/2009)

Assim, não estando demonstrada a litigância de má-fé, e também não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração opostos pela recorrente na instância de origem, impõe-se o afastamento das penalidades a ela aplicadas no julgamento dos aclaratórios.

7. Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial para determinar a redução do percentual de penhora para 5% (cinco por cento) do faturamento bruto mensal da sociedade empresária recorrente e, também, afastar as penalidades que lhe foram impostas em sede de embargos de declaração.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.817 - SP (2015/0184086-7)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhores Ministros, acompanho o Ministro Raul Araújo em todos os termos do seu voto, com exceção da redução do percentual da penhora, porque entendo que esse percentual foi estabelecido na origem com base na apreciação dos fatos da causa.

Ademais, não se pode dizer que destoa, em abstrato, da jurisprudência do STJ, conforme se verifica do precedente citado como fundamento no acórdão recorrido (REsp. 287.603).

Assim como ressaltou o Ministro Raul Araújo, entendo que essas decisões, na fase de execução, podem ser alteradas de acordo com o andamento da execução. Pode-se verificar, na origem, durante a tramitação da execução, que esses 30% (trinta por cento) se tornaram excessivos ou insuficientes de acordo com a situação de fato vivida pela empresa.

Portanto, peço vênia ao Ministro Relator para dar parcial provimento ao recurso especial em menor extensão, porque apenas afasto as penalidades que foram impostas em sede de embargos de declaração, ressalvada a possibilidade de alteração do percentual durante a execução caso se verifique que se tornou excessivo ou insuficiente, conforme decisão fundamentada na origem.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.817 - SP (2015/0184086-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : SPAVIAS ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : LAÉRCIO MONTEIRO DIAS E OUTRO(S)
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA
RECORRIDO : BANCO SAFRA S A
ADVOGADOS : SERGIO BERMUDEZ
MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA E OUTRO(S)
INTERES. : SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
INTERES. : ANDRÉ VON BENTZEEN RODRIGUES
INTERES. : BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES

VOTO-VENCIDO (em parte)

O Senhor Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO:

Senhora Presidente, cumprimento o Ministro Raul Araújo pelo voto profundo que trouxe, analisando todos os ângulos da questão. Com ele, concordo.

Quanto ao ponto que traz Vossa Excelência, acompanhada agora já pela maioria da Turma, peço vênias para divergir e acompanhar o voto do Ministro Relator.

Como pondera Sua Excelência, em determinados setores – tome-se, por exemplo, um supermercado –, a margem de lucro é de praticamente de cinco por cento. Se incluirmos a penhora no faturamento bruto de cinco por cento, será a inviabilidade da empresa. Nesse caso, quem não recebe é o próprio credor.

Como aqui tem um administrador, não há contestação, que está acompanhando os balanços e vendo que o valor obtido já está em cerca de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), então, para não contribuir para a extinção da empresa, creio que foi essa a ponderação que o eminente Relator fez, obviamente mais distante dos fatos do que o próprio Tribunal, mas, efetivamente, nessas circunstâncias, penso que a ponderação é o melhor, porque ele diminuiu para cinco por cento, concedeu a liminar e, por isso mesmo, trouxe o julgamento do recurso, imagino eu.

E, em casos de demonstração, por parte do administrador, de que esse percentual não está suficiente, pode ser aumentado sem afogar a empresa; isso será feito, está expresso no voto do Relator.

Portanto, vou rogar vênias à divergência, às ponderadas razões que fizeram cada um dos colegas, tanto Vossa Excelência e o Ministro Antonio Carlos Ferreira, quanto, agora, o Ministro Marco Buzzi, para acompanhar o voto do eminente Relator às inteiras.

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.817 - SP (2015/0184086-7)

ADITAMENTO AO VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (RELATOR): Iniciado o julgamento do recurso, e tendo em vista a evolução dos debates, faz-se necessário o presente aditamento, para o devido registro.

A eminente **Ministra Maria Isabel Gallotti** divergiu, em parte, do voto do Relator, no tocante à redução do percentual da penhora já na via estreita do especial, pois entendeu que qualquer alteração de percentual poderá ser feita, durante a execução, pelas próprias instâncias ordinárias, caso se mostre adequada essa medida, de acordo com a situação então apresentada pela empresa afetada.

Inaugurada, nesse ponto, a divergência foi acompanhada pelos eminentes **Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi**, formando maioria, em relação ao relator e ao eminente **Ministro Luis Felipe Salomão**.

Prevalecendo a parcial divergência, sem modificação de relatoria, adita-se o voto deste Relator para fazer constar a ressalva, que prevaleceu, de que o percentual estabelecido para a penhora - 30% (trinta por cento) sobre o faturamento bruto mensal da empresa recorrente - poderá vir a ser revisto pelas próprias instâncias ordinárias, uma vez demonstrada sua inadequação.

Este o aditamento ao voto do Relator, que passa a integrar o dispositivo do acórdão.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2015/0184086-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.545.817 / SP

Números Origem: 10912686120138260100 20140000486472 20140000585045 20140000696035
21304406520148260000

PAUTA: 19/04/2016

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARCELO MOSCOGLIATO**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SPAVIAS ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS : LAÉRCIO MONTEIRO DIAS E OUTRO(S)
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA
RECORRIDO : BANCO SAFRA S A
ADVOGADOS : SERGIO BERMUDEZ
MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA E OUTRO(S)
INTERES. : SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
INTERES. : ANDRÉ VON BENTZEEN RODRIGUES
INTERES. : BRUNO VON BENTZEEN RODRIGUES

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cédula de Crédito Bancário

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. JOSÉ ANCHIETA DA SILVA, pela parte RECORRENTE: SPAVIAS ENGENHARIA LTDA

Dr. ANDRÉ SILVEIRA, pela parte RECORRIDA: BANCO SAFRA S A

CERTIDÃO

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

Após o voto do relator dando parcial provimento ao recurso especial, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti dando parcial provimento ao recurso em menor extensão, divergindo em parte do relator, no que foi acompanhando pelos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi, e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando o relator, a Quarta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti.

O Sr. Ministro Raul Araújo continuará com a relatoria do processo.

Vencidos em parte o Sr. Ministro Raul Araújo, relator, e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que davam parcial provimento ao recurso em maior extensão.

Superior Tribunal de Justiça

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

