Apelação Cível n. 0305173-16.2017.8.24.0058, de São Bento do Sul
Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

> APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. DECRETO EXTINTIVO FUNDADO NO ART. 485, IV DO CPC/2015, AO FUNDAMENTO DE QUE ERA INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO A PRÉVIA EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO. RECURSO DO CREDOR. EXECUÇÃO FRUSTRADA. CERTIDÃO EMITIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO DANDO CONTA DA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO OU OFERTA DE BENS À PENHORA. ATENDIMENTO A REQUISITO OBJETIVO DA LEI 11.101/2005. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.
>
> "[...] O sistema falimentar, ao contrário da insolvência civil (art. 748 do CPC), não tem alicerce na insolvência econômica.
>
> 2. O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III)" (STJ. REsp 1433652/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 18-9-2014). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305173-16.2017.8.24.0058, da comarca de São Bento do Sul 2ª Vara em que é Apelante Carlos Henrique Hofmann e Apelado Lion Artefatos de Madeira Ltda - ME.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Salim Schead dos Santos e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Guilherme Nunes Born e Luiz Zanelato.

Florianópolis, 9 de agosto de 2018.

Desembargador Mariano do Nascimento
Relator

RELATÓRIO

Carlos Henrique Hofmann interpôs apelação cível da sentença proferida nos autos do pedido de falência n. 0305173-16.2017.8.24.0058, que ajuizou em face de Lion Artefatos de Madeira Ltda. ME, na qual o magistrado *a quo* rejeitou o pedido inicial e extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, nos seguintes termos:

> "Trata-se de pedido de falência intentado em razão da falta de pagamento de débito regularmente constituído, bem assim pela ausência de patrimônio suficiente à quitação reclamada.
>
> Citada, a requerida ofereceu a manifestação de p. 31.
>
> É o breve relato.
>
> D E C I D O:
>
> O pleito, contudo, carece da possibilidade de prosseguimento.
>
> Com efeito, era indispensável que o autor houvesse requerido a extinção da execução de título extrajudicial (processo n. 0304420-59.2017.8.24.0058), a fim de, então, promover o presente pleito.
>
> A respeito, a melhor doutrina:
>
> Para que a falência seja proposta, todavia, deve o credor, antes de tudo, renunciar à execução singular, propondo em separado a ação falimentar, devendo a inicial, neste caso, vir acompanhada de certidão da sentença exeqüenda, transitada em julgado, com o respectivo protesto, além de certidão de que o prazo para pagar ou nomear bens à penhora decorreu em branco (ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata, p. 81, Saraiva, 1998). No mesmo sentido, mutatis mutandis:
>
> A litispendência impede que o mesmo credor formule simultaneamente a execução individual do seu crédito e o pedido de falência do devedor. Deve abandonar a primeira via para postular a falência com base no art. 2.º, I, Dec.-lei 7661/45 (STF, RExt. 16.092) (ARRUDA, Roberto Thomas. Processo das Falências e Concordatas: Prática e Jurisprudência, p. 41, Juriscrédi).
>
> Vislumbra-se, pois, a inviabilidade do pleito deduzido, posto a ausência de elementos essenciais a sua propositura e desenvolvimento válido e regular.
>
> Em vista do exposto, o mais que dos autos consta e o direito aplicável à espécie, julgo extinto o presente pedido de falência, formulado por Carlos Henrique Hofmann contra Lion Artefatos de Madeira Ltda. ME., com base no disposto no art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.
>
> Condeno o requerente no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado" (p. 47).

Inconformado, o recorrente sustentou, em resumo, que: a) "devidamente citada nos autos da execução frustrada, a apelada não pagou, não indicou bens à penhora. Ao contrário, indicou não ter bens para fazer o pagamento, narrou situações de um pedido de recuperação judicial frustrado e o encerramento de suas atividades, que resultou no reconhecimento dos pedidos autorais" (p. 55); b) "a sentença recorrida, que fundamentou ser necessária a extinção do processo de execução como condição para o ingresso do pedido falimentar [...] foi fundamentada no Decreto-Lei 7661/1945, o qual foi revogado pelo artigo 200 da Lei 11.101" (p. 55). Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Ofertadas contrarrazões (p. 62/63), a parte apelada aduziu que "não se opõe ao pedido falimentar" (p. 62), oportunidade em que requereu a redução da verba honorária ao qual foi condenada, ao que ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, que opinou pelo conhecimento e provimento do reclamo (p. 73/75).

Na sequência, a recorrente atravessou petição postulando o deferimento da antecipação da tutela recursal, para que fosse "determinada a arrecadação dos veículos que se encontram em depósitos [..] detidos pelas autoridades de trânsito" "diante do risco de serem leiloados para pagamento de créditos que estão sujeitos ao concurso de credores" (p. 72).

Após, em novo petitório o apelante pleiteou o julgamento do recurso, por decisão monocrática, "diante da concordância com os pedidos pelo falido, bem como pelos termos do parecer de fls. 73/75" (p. 77).

Vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de pedido de falência manejado em face da Lion Artefatos de Madeira Ltda ME., que, demandada em ação executiva, não realizou o pagamento do débito nem indicou bens à penhora.

Sustenta o autor que buscou a satisfação de seu crédito através da ação de execução n. 0304420-59.2017.8.24.0058, o qual restou frustrada, o que seria fundamento suficiente ao ajuizamento da presente ação, segundo o disposto no art. 94, inc. II da Lei 11.101/2005.

Sobreveio então sentença de extinção do feito, indeferindo a inicial, porquanto o autor não requereu "a extinção da execução de título extrajudicial (processo n. 0304420-59.2017.8.24.0058), a fim de, então, promover o presente pleito" (p. 47).

Argumentou o apelante, em linhas gerais, que se encontra preenchida, na espécie, a hipótese prevista no art. 94, inciso II da Lei 11.101/2005, o que autoriza a instauração do procedimento. Além disso, sustentou que a própria sociedade ré, em sua defesa, não opôs resistência ao pleito inicial, concordando com o pedido de quebra.

Pois bem.

Inicialmente, impede ressaltar que para o processamento do pedido de falência, o requerente deve demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 94 da Lei 11.101/2005.

No caso focado, o autor ampara seu pedido de quebra no inciso II, do art. 94 da Lei 11.101/2005, que prevê que o devedor "executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal".

Desta feita, o pedido de falência fundamentado no dispositivo aplicável ao caso em apreço, exige, tão somente, o preenchimento dos seguintes requisitos: a existência de dívida líquida não paga, a ausência de depósito do valor cobrado, bem como de nomeação de bens suficientes à penhora, dentro do

prazo legal.

Nesse viés, de acordo norma ínsita no §4º, do art. 94, da Lei de Falências, incumbe a parte requerente instruir o pedido de falência com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução, cujo conteúdo deve ser suficiente a atestar que o devedor não pagou, não depositou ou não nomeou bens à penhora, conduta que permite a decretação da quebra.

Sobre o tema, o escólio de Gladston Mamede: "o pedido de falência que tenha por base a frustração de ação executória, em oposição àquele fundado em mero inadimplemento, será instruído apenas com o título e a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. Não se faz necessário sequer sentença extinguindo a ação executiva, em razão da desistência do exequente, conforme posição expressa pelo Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial 493.518/SP. Se não houve apresentação de embargos, sem pagamento, depósito ou constrição, havendo mera suspensão do processo executivo, o ajuizamento posterior do pedido falencial com base no artigo 84, II, da Lei 11.101/05 sequer demanda extinção da execução, embora seja nulo eventual processamento simultâneo das demandas. É o que se lê do Recurso Especial 174.966/MG, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. No corpo do acórdão, o relator, Ministro Aldir Passarinho Júnior, foi ainda mais ousado, aceitando a suspensão de fato da execução: "Ainda que não haja a extinção do prévio processo executivo, e até mesmo a suspensão oficial do feito, o que ocorreu no caso, inegavelmente está configurada a paralisação do primeiro processo, nada impedindo que o pedido de falência contra a devedora seja analisado no juízo competente, pois se porventura o credor tomar a iniciativa de impulsionar novamente o processo executivo em concomitância com o ora em comento, seus atos serão nulos de pleno direito, em face da litispendência e da suspensão automática das execuções individuais" (Falência e Recuperação de Empresas, Ed. Atlas, 2015, 7ª Ed., p. 230).

Assim, repita-se, tendo sido a pretensão baseada na ausência de pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora, não se há perquirir, a prévia extinção do pleito executivo, bastando para tanto, a sua mera suspensão, como se deu no caso, consoante revela a consulta dos autos da execução n. 0304420-59.2017.8.24.0058.

Acresça-se, ainda, sequer necessário ao enquadramento legal a eventual comprovação da insolvência econômica do falido. Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> "Os dois sistemas de execução por concurso universal existentes no direito pátrio - insolvência civil e falência -, entre outras diferenças, distanciam-se um do outro no tocante à concepção do que seja estado de insolvência, necessário em ambos. O processo de insolvência civil apoia-se no pressuposto da insolvência econômica, que consiste na presença de ativo deficitário para fazer frente ao passivo do devedor, nos termos do que dispõe o art. 748 do CPC: "Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor". **O sistema falimentar, ao contrário, não tem alicerce na insolvência econômica. O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III)**. Nesse sentido, a insolvência que autoriza a decretação de falência é presumida, uma vez que a lei decanta a insolvência econômica de atos caracterizadores da insolvência jurídica, pois presume-se que o empresário individual ou a sociedade empresária que se encontram em uma das situações apontadas pela norma estão em estado pré-falimentar. É bem por isso que se mostra possível a decretação de falência independentemente de comprovação da insolvência econômica, ou mesmo depois de demonstrado que o patrimônio do devedor supera o valor de suas dívidas. (STJ. 4ª Turma. REsp 1.433.652-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/9/2014).

Outrossim, da análise dos autos, de início, já se denota o preenchimento de tais requisitos, haja vista que a certidão narrativa carreada à inicial, datada de 20-11-2017 (p. 25), emitida pela 2ª Vara da Comarca de São Bento do Sul/SC, informa que "o executado deu-se por citado à fl. 3 e declarou que não efetuará o pagamento do valor exequendo e que não possui bens

passíveis de penhora".

Em contrapartida, a parte a ré, em sua defesa, informou e requereu: "Em 29 de fevereiro de 2016 a falida requereu recuperação judicial, indicando os fundamentos para a situação de crise econômico-financeira, destacado em especial problemas de fluxo de caixa após ter limitado o acesso ao crédito, pois a empresa tinha altíssima alavancagem bancária. Porém em Julho de 2016 com a decisão negando o processamento da recuperação, a Celesc interrompeu o fornecimento de energia elétrica. Assim, a despeito da possibilidade de interposição de irresignação recursal, a empresa sem fluxo de caixa viu-se sem condições mínimas de continuar a produzir móveis de madeira. Diversos credores já haviam sido arrolados naquela oportunidade e outros mais surgiram após o pedido de recuperação, de modo que um pedido falimentar já era esperado. Portanto, a falida nada tem a opor ao pedido formulado por Carlos H. Hofmann, confessando o estado falimentar, mediante autorização expressa em instrumento de mandato outorgado pela única sócia da falida" (p. 31).

E da consulta do Sistema Automatizado do Judiciário, constata-se que, de fato, foi prolatada sentença extintiva nos autos do pedido de recuperação judicial n. 0300601-51.2016.8.24.0058, em razão do indeferimento da inicial, cujo transito em julgado se deu em 06/07/2016.

Nesse panorama, há de se reconhecer que o autor atendeu aos requisitos legais, pois demonstrou por meio da certidão carreada aos autos, a existência de dívida líquida vencida, cujo processo executivo foi frustrado, sem que houvesse o não pagamento do valor do débito, seja pela ausência do depósito do valor cobrado ou pela não nomeação de bens suficientes à penhora, dentro do prazo legal, cujo pedido, aliás, teve adesão da requerida.

Sobre o tema, já se manifestou o STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA COM CÁLCULOS HOMOLOGADOS. PEDIDO DE FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. **Se as questões trazidas à discussão foram**

dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla e fundamentada, deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. A empresa executada não pagou, não depositou e não nomeou à penhora bens suficientes à satisfação do crédito no processo executivo, o que preenche os requisitos legais para requerimento da quebra e, de outro lado, a adoção de entendimento diverso por esta Corte, inclusive quanto à má-fé da agravada, encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 3. Os textos da legislação federal apontados pela recorrente não são aptos para amparar a tese de inocorrência de preclusão quanto à homologação dos cálculos, o que atrai a aplicação da sumula 284 do STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 314476/DF, rela. Mina Maria Isabel Gallotti, j. 4/2/2016)

No mesmo sentido, já decidiu os Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. REQUERIMENTO BASEADO NO ART. 94, INCISO II DA LEI Nº 11.101/2005. EXECUÇÃO FRUSTRADA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI DO NCPC. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA ANTE A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INCONFORMISMO. CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. CONGRUIDADE. INOCORRÊNCIA DE DESVIRTUAÇÃO DA FINALIDADE DO PEDIDO DE FALÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO QUANTO A EXISTÊNCIA DE DEMAIS CREDORES. VEDAÇÃO DA PERTINÊNCIA DA QUEBRA PELO JULGADOR. PRESSUPOSTOS NÃO PREVISTOS NO ART. 94 DA LEI FALIMENTAR. CONFORMAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR DA AUTORA ANTE A ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE DA SENTENÇA PARA REGULAR PROCESSAMENTO NO JUÍZO DE ORIGEM. **- A decretação de falência, com base em execução frustrada, demanda apenas a verificação pelo julgador quanto a existência de certidão do juízo da demanda executória comprovando que o credor procedeu com todas as medidas à satisfação de seu crédito, ante o não pagamento da dívida ou a nomeação/indicação de bens à penhora pelo devedor, nos termos dos requisitos objetivos exigidos pelo art. 94 da Lei Federal n. 11.101/05.** Consequentemente, desnecessária se faz a demonstração da existência de outros credores, sendo, inclusive, impertinente a análise quanto à insolvência da empresa, eis que esta, na hipótese, é presumida; configurando-se, pois, o interesse de agir da autora, vez que tais pressupostos não se afiguram como condições da ação falimentar. Recurso provido com anulação da sentença e retorno dos autos ao juízo de origem para regular processamento. (TJPR - 18ª C.Cível - 0008903-15.2012.8.16.0056 - Cambé - Rel.: Péricles Bellusci de Batista Pereira - J. 30.05.2018).

Também:

AÇÃO FALIMENTAR - EXECUÇÃO FRUSTRADA - REQUISITOS

LEGAIS - TRÍPLICE OMISSÃO - CONFIGURAÇÃO - RECURSO PROVIDO - FALÊNCIA DECRETADA. - **Se o pedido de falência foi lastreado no art. 94, II, da Lei de Falências, com base na execução frustrada de dívida, por ter deixado o devedor, executado, de pagar, depositar e nomear bens à penhora, dando ensejo, assim, ao arquivamento do respectivo processo no âmbito da Justiça do Trabalho e, por conseguinte, à expedição de certidão da dívida ao credor, nos termos de provimento interno do tribunal do trabalho, caso é de decretação da falência, ante a configuração dos requisitos legais, não sendo necessário, nesse contexto, que o título objeto da execução atenda ao valor mínimo previsto no inciso I do mesmo artigo, referente à hipótese de impontualidade do devedor.** Recurso provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0079.11.020658-2/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Andrade , julgamento em 16/04/2013).

Ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. EXECUÇÃO FRUSTRADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 94, INCISO II, DA LEI DE FALÊNCIAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que decretou a falência da agravante. 2. **Para que haja a decretação da medida extrema da falência não se exige a comprovação da insolvência econômica da sociedade devedora (ou seja, que seu passivo seja maior que o ativo), mas tão somente a comprovação de seu estado de insolvência jurídica, caracterizado nas hipóteses taxativas previstas nos incisos do art. 94 da Lei de Falências. 3. A hipótese descrita pelo inciso II do art. 94 da Lei de Falências, qual seja, de execução frustrada promovida em desfavor da empresa devedora, está condicionada à comprovação da tríplice omissão desta (ausência de pagamento, depósito ou indicação de bens à penhora), o que é feito pela juntada de certidão de crédito expedida pelo juízo onde se processou a execução. 4. No caso concreto, diante da ausência de comprovação da eficácia e suficiência da penhora realizada, e considerando que a agravante não efetivou o depósito elisivo ou indicou outros bens aptos a satisfazer o crédito reclamado, resta configurada a tríplice omissão e a consequente frustração da execução promovida pela agravada, de modo que se encontram presentes os requisitos previstos no inciso II do art. 94 da Lei nº 11.101/2005.** 5. Afasta-se a configuração de litigância de má-fé pela interposição de recurso protelatório (art. 80, VII, CPC/2015) quando a recorrente, no exercício do seu legítimo direito de defesa, combate decisão de consequências gravosas (como a de decretação de sua falência), por meio da veiculação de argumentos pertinentes, que não sejam de todo infundados ou descabidos. 6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJDFT - Acórdão n 1080574, 07119535520178070000, rel. Des. César Loyola, j. 08/03/2018.)

E desta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FRUSTRADA. ARTIGO 94, INCISOS I E II, DA LEI N. 11.101/2015. INSOLVÊNCIA JURÍDICA CONFIGURADA. QUEBRA DECRETADA. "**O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III)"** (STJ, REsp. n. 1.433.652/RJ, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 18-9-2014). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.066957-1, da Capital, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 25-02-2016).

Logo, atendidos os requisitos da Lei n. 11.101/2005, e encontrando-se o feito em condições de julgamento imediato, com afincas §3º do art. 1.013 do NCPC, julgo, desde já, procedente o pedido inicial, para decretar a quebra da sociedade ré, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente o pedido, decretando a falência de Lion Artefatos de Madeira Ltda. ME, cabendo ao juízo de origem a adoção das providências do art. 99 da Lei n. 11.101/05, em face da impossibilidade de realização nesta instância.

É como voto.