



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Registro: 2019.0000851824

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0055764-95.2011.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante FC FOMENTO MERCANTIL LTDA, é apelado GILBARCO DO BRASIL S/A EQUIPAMENTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente) e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 14 de outubro de 2019.

GILSON DELGADO MIRANDA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

3ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos
Apelação n. 0055764-95.2011.8.26.0224
Apelante: FC Fomento Mercantil Ltda.
Apelada: Gilbarco do Brasil S/A Equipamentos

Voto n. 17.722

FALÊNCIA. Fase cognitiva. Pedido fundamentado na impontualidade (art. 94, I, da Lei n. 11.101/05). Interesse processual identificado. Sentença anulada. Causa madura. Duplicatas regularmente protestadas. Inteligência dos arts. 94, I, e 96, § 2º, da Lei n. 11.101/2005. Pedido procedente. Falência decretada. Recurso provido.

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto para impugnar a r. sentença de fls. 515/516, proferida pela juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos, Dra. Adriana Porto Mendes, que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual.

Segundo a apelante, credora, a sentença deve ser anulada. Há elementos nos autos indicando que a apelada está funcionando e que a citação por edital foi necessária depois de várias tentativas de citação pessoal nos diversos endereços apontados. Defende que na espécie a legitimidade e o interesse processual estão presentes, devendo ser considerada também a lesão ao direito da autora. Pede assim o acolhimento do seu recurso para, afastada a extinção, decretar a falência da apelada na forma do art. 94, I, da Lei n. 11.101/2005.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 546) e não respondido. Distribuído o processo na forma da Resolução n. 772/2017 do OETJSP, **não** houve oposição ao julgamento virtual.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Parecer do Ministério Público pela decretação da falência da apelada (fls. 554/555).

Esse é o relatório.

O recurso deve ser provido.

Como se sabe, o interesse processual está qualificado, exatamente, pelo trinômio necessidade-utilidade-adequação: **"necessidade do recurso ao Judiciário para obter certo bem da vida, seja porque não se logrou obtê-lo pelas vias usuárias, seja porque o próprio Direito Positivo exige a intervenção jurisdicional; adequação do provimento pretendido, isto é, sua idoneidade técnico-jurídica para atender à expectativa do autor; utilidade da via processual eleita: conquanto haja alguma dissensão doutrinária a respeito desse quesito, parece-nos que ele integra a compreensão do interesse processual, já que o acesso à tutela jurisdicional tem por pressuposto o fato de que a medida pleiteada será útil, na ordem prática, ao autor"** [grifei] (Rodolfo de Camargo Mancuso, "Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores [Lei n. 7.347/85 e legislação complementar]", 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 35).

Trata-se, de fato, de **"uma condição vinculada estreitamente ao princípio de economia processual e resulta da utilidade e/ou necessidade da atuação da jurisdição e da adequação da via processual escolhida aos fins objetivados pelo processo emergente da ação proposta"** [grifei] (Donaldo Armelin, "Condições da ação no processo civil brasileiro", Publicações da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, convênio TJES/Amages, 1987).

No caso, a devedora não adimpliu as duplicatas 02301, com vencimento em 15-10-2010, no valor de R\$ 3.900,00 (nota fiscal a fls. 10, com aviso de recebimento assinado; notificação a fls. 13/14; e protesto a fls. 15); 623, com vencimento em 07-09-2009, no



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

valor de R\$ 20.000,00 (nota fiscal a fls. 17, com aviso de recebimento assinado a fls. 18; notificação a fls. 19/20; e protesto a fls. 21). Por consequência, a credora ajuizou a presente demanda pedindo sua falência com base no argumento de impontualidade (artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005).

Nesse vértice, **"é importante registrar que é opção do credor ajuizar pedido de falência ou execução singular, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei 11.101/05, conforme estabelece a Súmula 42 deste Tribunal de Justiça, a saber: 'A possibilidade de execução singular do título não impede a opção do credor pelo pedido de falência'"** (TJSP, Apelação n. 1003714-53.2018.8.26.0152, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 02-09-2019, rel. Des. Maurício Pessoa). Patente, portanto, o interesse processual do credor.

Ademais, como bem observou o representante do Ministério Público, não localizada a devedora em seu estabelecimento, acertada a opção do juízo de primeiro grau no sentido de determinar a citação por edital da apelada. Nesse quadro, aliás, a Súmula 51 do Tribunal de Justiça: "No pedido de falência, se o devedor não for encontrado em seu estabelecimento será promovida a citação editalícia independentemente de quaisquer outras diligências".

Anulo, pois, a sentença, mas passo a decidir desde logo o mérito porque a causa está em condições de imediato julgamento [causa madura] (artigo 1.013, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil).

Como é largamente sabido, a primeira fase do processo falimentar é de **conhecimento**, nela emitindo-se juízo de valor sobre o alegado estado de falência do devedor, para cuja decretação é necessária a constatação de 3 pressupostos **cumulativos**: (i) a qualidade de legitimado legal da parte autora, (ii) a qualidade de empresário individual ou sociedade empresária da parte ré e (iii) a presença de alguma das hipóteses legais de presunção de insolvência da parte ré. Anote-se que **"a pluralidade de credores não constitui pressuposto da falência"** (Súmula n. 44 do Tribunal de Justiça de São



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Paulo).

Em primeiro lugar, de acordo com a lei vigente, são legitimados para requerer falência **“o próprio devedor”**, por meio de procedimento conhecido na praxe forense como **“autofalência”**; **“o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante”**, em hipótese chamada de **“falência póstuma”**; **“o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade”**; ou ainda **“qualquer credor”** (artigo 97, incisos I a IV, da Lei n. 11.101/2005).

Observe-se que, quando a lei fala em qualquer credor, quer dizer exatamente isso: até mesmo **“o credor não comerciante pode requerer a quebra do devedor”** (Súmula n. 47 do Tribunal de Justiça de São Paulo). Entretanto, se o credor for empresário individual ou sociedade empresária, então ele deverá apresentar **“certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades”**. E mais: se ele não tiver domicílio no Brasil, em regra parelha à do atual artigo 83 do Código de Processo Civil, **“deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei”** (artigo 97, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Em segundo lugar, empresário individual é, basicamente, **“quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”** (artigo 966 do Código Civil), excetuando apenas **“quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”** (artigo 966, parágrafo único, do Código Civil); já sociedade empresária é, em síntese, aquela **“que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967)”** (artigo 982 do Código Civil), devendo constituir-se **“segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092”** (artigo 983 do Código Civil): sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

Realmente, **“a lei nº 11.101/2005 não se aplica à sociedade simples”** (Súmula n. 49 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Em terceiro lugar, a insolvência do devedor é relativamente presumida (presunção 'juris tantum') em 3 hipóteses diferentes: (i) impontualidade, que se dá quando ele, **“sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”**; (ii) execução frustrada, que se dá quando ele, **“executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”**; ou ainda na hipótese de ele cometer (iii) atos de falência, caracterizados quando ele **“a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial”** (artigo 94, incisos I, II e III, da Lei n. 11.101/2005).

Ressalte-se que, na hipótese de (i) impontualidade, **“o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de**



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica”; na hipótese de (ii) execução frustrada, “o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução”; e na hipótese de (iii) atos de falência, “o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas” (artigo 94, §§ 3º, 4º e 5º, da Lei n. 11.101/2005).

Ademais, na hipótese de (i) impontualidade, **“a possibilidade de execução singular do título executivo não impede a opção do credor pelo pedido de falência”** (Súmula n. 42 do Tribunal de Justiça de São Paulo), de modo que **“basta a prova da impontualidade, feita mediante o protesto, não sendo exigível a demonstração da insolvência do devedor”** (Súmula n. 43 do Tribunal de Justiça de São Paulo), sendo que **“o protesto comum dispensa o especial para o requerimento de falência”** (Súmula n. 41 do Tribunal de Justiça de São Paulo) e **“para a validade do protesto basta a entrega da notificação no estabelecimento do devedor e sua recepção por pessoa identificada”** (Súmula n. 52 do Tribunal de Justiça de São Paulo); já na hipótese de (ii) execução frustrada, **“é irrelevante o valor da obrigação não satisfeita”** (Súmula n. 39 do Tribunal de Justiça de São Paulo), mas **“a execução singular anteriormente aforada deverá ser suspensa”** (Súmula n. 48 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Importante lembrar, ainda, que **“no pedido de falência com fundamento na execução frustrada ou nos atos de falência não é necessário o protesto do título executivo”** (Súmula n. 50 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

E apesar da clareza da lei, impõe-se destacar que a constatação de **qualquer um** desses suportes fáticos para a decretação da falência (impontualidade, execução frustrada ou atos de falência) **por si só** já **“faz presumir a insolvência do devedor e, se tal presunção relativa não for derrubada ao longo do processo falimentar, transforma-se em certeza, ainda que meramente formal (certeza aparente), garantindo-se ao magistrado poder suficiente para exarar o decreto falimentar e as consequências**



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

jurídicas daí decorrentes" (João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, "Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005", 3ª edição, São Paulo, Almedina, 2018, p. 576).

Nessa toada, como seria de se esperar, a presunção legal e relativa de insolvência econômica do devedor, capaz de dar azo à decretação da sua falência, pode ser por ele **elidida** nesta fase pré-falimentar cognitiva, oportunizando a lei o exercício do contraditório por meio de contestação (artigo 98, 'caput', da Lei n. 11.101/2005).

Na hipótese de o pedido ter sido formulado com base em **impontualidade** (artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005), o devedor pode elidir a presunção que recai sobre ele se **provar "relevante razão de direito"**, entendida pela lei como sendo (i) "falsidade de título", (ii) "prescrição", (iii) "nulidade de obrigação ou de título", (iv) "pagamento da dívida", (v) "qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título", (vi) "vício em protesto ou em seu instrumento", (vii) "apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei" ou, ainda, (viii) "cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado" (artigo 96, incisos I a VIII, da Lei n. 11.101/2005).

Já na hipótese de o pedido ter sido formulado com base em **execução frustrada** (artigo 94, inciso II, da Lei n. 11.101/2005), o devedor pode elidir a presunção que recai sobre ele se **provar** qualquer das alegações referidas no artigo 96, incisos I a VIII, da Lei n. 11.101/2005, apesar da literalidade desse dispositivo, mas desde que sobre elas ainda não tenha incidido o efeito de imutabilidade da coisa julgada.

Por sua vez, na hipótese de o pedido ter sido formulado com base em **atos de falência** (artigo 94, inciso III, da Lei



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

n. 11.101/2005), o devedor pode elidir a presunção que recai sobre ele se **provar** a “**existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor**” (artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil).

Dito isso, tanto na hipótese de o pedido ter sido formulado com base em **execução frustrada** (artigo 94, inciso II, da Lei n. 11.101/2005) quanto em **atos de falência** (artigo 94, inciso III, da Lei n. 11.101/2005), o devedor pode elidir a presunção que recai sobre ele se **depositar** “**o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor**” (artigo 98, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005). É o que se convencionou chamar de “**depósito elisivo**”, lembrando-se que, como indica a própria lei, “**o depósito elisivo não afasta a obrigação do exame do pedido de falência para definir quem o levanta**” (Súmula n. 40 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Finalmente, **independentemente do fundamento** do pedido de falência, a lei ainda permite ao devedor **pleitear**, “**dentro do prazo de contestação**”, “**sua recuperação judicial**” (artigo 95 da Lei n. 11.101/2005), na tentativa de que o processamento do seu pedido seja deferido para obter a suspensão do pedido de falência contra ele ajuizado (artigo 52 da Lei n. 11.101/2005).

Pois bem.

Na espécie, o pedido de falência foi formulado pela credora com base na impontualidade. Os documentos trazidos com a inicial corroboram o pedido apresentado. Assim, inexistindo depósito elisivo ou pedido de recuperação, fácil concluir que a insolvência econômica da devedora está confirmada, havendo certeza suficiente nos autos deste processo para o decreto falimentar.

À vista dessas considerações, **decreto** a falência de Gilbarco do Brasil S/A Equipamentos, CNPJ



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

61.629.218/0001-02 [cf. fls. 523/537] (artigo 99, inciso I, da Lei n. 11.101/2005).

Em caráter provisório, até que o administrador judicial apresente "**relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência**" (artigo 22, inciso III, alínea 'e', da Lei n. 11.101/2005), **fixo** o termo legal da falência em **90 dias** contados do primeiro protesto (artigo 99, inciso II, da Lei n. 11.101/2005).

Intime-se pessoalmente a falida para que apresente, no prazo máximo de **5 dias**, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, sob pena de desobediência (artigo 99, inciso III, da Lei n. 11.101/2005).

Adverte-se desde já aos credores que o prazo de **15 dias** para habilitações de crédito será computado na forma do artigo 7º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 (artigo 99, inciso IV, da Lei n. 11.101/2005).

Suspendam-se todas as ações ou execuções contra a falida, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.101/2005 (artigo 99, inciso V, da Lei n. 11.101/2005).

Proíbo a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens da falida, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial (artigo 99, inciso VI, da Lei n. 11.101/2005).

E para que tomem conhecimento da falência, **intime-se** o Ministério Público e **comunique-se** por carta as Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que a falida tiver estabelecimento (artigo 99, inciso XIII, da Lei n. 11.101/2005).

No mais, **determino** que as outras providências exigidas pelo artigo 99, incisos VII a XII e parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005 sejam todas, sem exceção, cumpridas pelo juízo de primeiro grau em complemento a esta decisão, facultada às partes a



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

interposição do respectivo recurso em caso de irresignação.

Não há condenação da falida ao pagamento de custas e despesas processuais (artigo 5º, inciso II, da Lei n. 11.101/2005) nem de honorários advocatícios sucumbenciais (Manuel Justino Bezerra Filho, "Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo", 14ª edição, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 84), como há muito tempo já se entende (Yussef Said Cahali, "Honorários Advocatícios", 4ª edição, São Paulo, RT, 2011, p. 807/808; e Fábio Ulhoa Coelho, "Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005", 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 35).

Posto isso, dou provimento ao recurso, nos moldes indicados alhures.

GILSON MIRANDA

Relator

Assinatura Eletrônica