

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.997 - SP (2017/0026948-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO AUTOR. EXECUÇÃO FRUSTRADA. ART. 94, II, DA LEI N. 11.101/2005. BEM HIPOTECADO. PENHORA. INSUFICIÊNCIA. PEDIDO DE FALÊNCIA. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 descaracterizada, tendo em vista que o Tribunal de origem apreciou e decidiu fundamentadamente as questões invocadas pelas partes.

2. O art. 94, II, da Lei Federal n. 11.101/1995 autoriza a decretação da falência do devedor que, "executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal".

2.1. A expressão "bens suficientes" contida no dispositivo evidencia que não basta a tempestiva indicação de qualquer bem, sendo necessária a garantia integral do juízo da execução, bastante para satisfazer a obrigação judicialmente exigida.

3. A efetivação de penhora sobre o bem hipotecado, por si, não impede que o credor hipotecário, exequente, requeira a falência do devedor com fundamento no art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005. Isso porque se o referido bem não for suficiente para liquidar a integralidade da dívida – inexistindo pagamento, depósito ou ainda a indicação de outros bens à penhora, pelo devedor –, resta caracterizada a execução frustrada disciplinada no referido dispositivo.

3.1. A inidoneidade do bem penhorado, ainda que objeto de garantia real, pode revelar-se em momento ulterior ao da constrição ou da hipoteca, o que deve ser aferido pelo juiz para avaliar a suficiência da garantia durante todo o trâmite processual, bem assim para fundamentar o decreto de falência do devedor com amparo no art. 94, II, da LRJF.

4. Recurso especial parcialmente provido.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA RÉ. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FRUSTRADA. ART. 94, II, DA LEI N. 11.101/2005. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DO AUTOR. VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PREJUDICIALIDADE.

1. Reformado o acórdão impugnado em decorrência do parcial provimento

Superior Tribunal de Justiça

do recurso especial interposto pelo ora recorrido e determinado o retorno dos autos ao segundo grau para adequado exame da suficiência do bem penhorado e da procedência do pedido de falência à luz da tese jurídica ora adotada acerca do art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005, descabe apreciar as alegações deduzidas pela recorrente, ré, sobre litigância de má-fé do autor e valor dos honorários advocatícios arbitrados em segundo grau.

2. Recurso especial prejudicado.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial pelo BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A e julgou prejudicado o recurso especial interposto por TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr(a). FABIANO CARVALHO, pela parte RECORRENTE: BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A.

Brasília-DF, 16 de agosto de 2022 (Data do Julgamento)

Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2017/0026948-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.698.997 / SP**

Números Origem: 01522997920118260000 01668491120138260000 1668491120138260000 20120000041885

EM MESA

JULGADO: 23/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. RENATO BRILL DE GOES

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

CERTIDÃO

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

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2017/0026948-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.698.997 / SP**

Números Origem: 01522997920118260000 01668491120138260000 1668491120138260000 20120000041885

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

CERTIDÃO

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

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.997 - SP (2017/0026948-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Trata-se de recursos especiais interpostos por BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A., autor (e-STJ fls. 1.421/1.440) e por TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., ré (e-STJ fls. 1.447/1.479), ambos com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF/1988, contra acórdãos do TJSP assim ementados

Agravo regimental. Art. 253 do RITJSP. Denegação de efeito suspensivo a agravo de instrumento contra sentença de decretação de falência. Recurso principal julgado nesta data. Agravo regimental prejudicado.

Pedido de falência. Execução frustrada. Art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005. Não há que se falar em ausência de nomeação de bens suficientes à penhora em caso de garantia real, com indicação do bem hipotecado pelos próprios exequentes em sua petição inicial e efetiva consumação da penhora quanto a ele, na esteira do art. 655, I, do Código de Processo Civil. Garantia que se fazia suficiente no momento da contratação (mormente se considerada sua outorga em favor de instituições financeiras, ciosas da verificação de sua idoneidade) e mesmo no do ajuizamento da execução. Circunstâncias que bastam para afastar a caracterização da tríplece omissão de que cuida o permissivo da lei falimentar. Superveniência de dificuldades casuísticas na venda do imóvel em hasta pública que não se prestam a reverter a situação anterior, o mesmo podendo se dizer do fato de o crescimento vegetativo da dívida ao longo do tempo, com a incorporação de juros moratórios, acabar por fazer superior o montante em execução confrontando com o valor do bem. Frustração na busca de novos bens, para além do dado em garantia, que não dá azo à incidência do art. 94, II, pela especificidade do quadro ali descrito. Descabimento da decretação da quebra por tal fundamento. Decisão de Primeiro Grau reformada, com o julgamento de improcedência do pedido de falência. Agravo de Instrumento da ré provido para tal fim. (e-STJ fl. 1.386.)

Embargos de declaração da ré-agravante. Alegada omissão do v. Acórdão quanto à determinação de expedição de ofícios em função da reforma da sentença de falência. Inocorrência. Julgamento circunscrito à valoração da sentença de mérito proferida em Primeiro Grau. Desdobramentos de caráter administrativo da solução

outorgada pelo Tribunal que não necessitam vir explicitados no acórdão e que deverão ser pleiteados junto à origem. Embargos de declaração rejeitados. Embargos de declaração da autora-agravada. Alegação de nulidade v. acórdão relativo ao agravo de instrumento por intimação da sessão de julgamento na pessoa de advogado errôneo. Embargos de declaração que não se prestam, por sua destinação natural, à arguição de nulidade da decisão embargada, o que somente em casos extremos se admite seja desde logo apreciado. Hipótese dos autos que não correspondente a tanto. Ausência de vício patente. Intimações todas feitas ao longo do processamento na pessoa do mesmo advogado, inclusive no tocante ao próprio v. acórdão, com oposição tempestiva dos embargos de declaração por parte do banco embargante. Prejuízo não demonstrado. Sugestão outrossim de omissões diversas no v. Acórdão que traduzem mero escopo infringente, com questionamento do critério de decidir adotado. Inadequação da via recursal eleita para discussão de tal ordem. Lacunas inócenas. Reconhecimento todavia de erro material no tocante à fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, apenas para a correção desse aspecto, com adequação da verba honorária. (e-STJ fl. 1.413.)

O primeiro recorrente, BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S. A., narra que, "após 18 (dezoito) anos de trâmite da Ação de Execução (a 'Execução') promovida em face da Recorrida, sem êxito na satisfação do crédito e na posse da certidão cartorária que aponta a tríplice omissão – ausência de pagamento, depósito e nomeação de bens suficientes no prazo legal para garantir o débito (a 'Certidão') –, fls. 572/573, ajuizou em face daquela um pedido de falência (a 'Ação Principal')" (e-STJ fl. 1.422). Acrescenta que, julgado procedente o pedido de falência em primeiro grau, o TJSP, no acórdão recorrido, deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela ré, TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., para julgar improcedente a demanda.

Alega violação do art. 535, II, do CPC/1973, tendo em vista que, apesar de opostos embargos de declaração, o Tribunal de origem teria sido omissivo sobre várias questões, que assim resumiu:

- (i) ao não enfrentamento dos pontos nodais da questão, quais sejam os de que (a) o artigo 94, inciso II, da LRF, estabelece a obrigatoriedade de nomeação de bens suficientes para garantia do Juízo, o que não ocorreu na hipótese vertente; e (b) no cálculo feito pelo TJESP para concluir pela suficiência da garantia hipotecária à época do ajuizamento da Execução não foi considerada a parcela dos honorários advocatícios, que integram o crédito exequente e estavam discriminados no mesmo documento em que se firmou o julgado;
- (ii) à ineficácia da penhora levada a efeito nos autos da Execução vez que o Imóvel, garantia hipotecária penhorada, sucumbiu frente ao débito fiscal;
- (iii) à ausência de indicação de bens já que o Imóvel, por ser objeto de hipoteca, foi penhorado por força de lei e não ato voluntário da Recorrida; e
- (iv) à circunstância de que o crédito exequente supera em muito o valor do Imóvel quando tomadas as bases fixadas pelas instâncias ordinárias para sua avaliação. (e-STJ fls. 1.423/1.424.)

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta haver contrariedade ao art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005, tendo em vista que "o TJESP adotou o posicionamento, *data maxima venia* equivocado, de que o credor titular de garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética jamais poderá requerer a falência do devedor" com base no referido dispositivo, "pois, o simples fato de existir um bem vinculado ao negócio afasta a conduta omissiva do devedor de não pagar, não depositar e não nomear bem à penhora" (e-STJ 1.432). Nesse ponto, argumenta que:

48. *Ab initio*, é importante destacar que o dispositivo legal em tela, ao contrário da conclusão esposada pelo TJESP, não limita sua aplicação aos credores sem garantia real, ou seja, como a norma não restringiu seu alcance, nada impede o Recorrente de, apesar da existência de garantia hipotecária, pedir a falência da Recorrida se a Execução, como aqui, restou frustrada.

49. Nem poderia ser diferente porque o bem dado em garantia pode tornar-se inócuo frente ao débito, inclusive, por força da existência de outras restrições e incidência de constrições que o tornarão insuficiente ou imprestável, como inclusive, ocorreu no caso em tela por conta do passivo fiscal, responsável pelo arrolamento e penhora do Imóvel que, assim e por conta da preferência, será executado pela Fazenda Pública.

50. De outro bordo, a exegese do artigo 94, inciso II, da LRF, é no sentido de que o devedor tem a obrigação de nomear "*bens suficientes dentro do prazo legal*", ou seja, se a garantia é inferior ao débito, como aqui, terá ele que indicar outros bens, não bastando aquele bem hipotecado, pois, se assim o fosse, restaria burlada a própria razão de ser da norma em comento.

51. Não é por outro motivo que o dispositivo da LRF faz menção a "*bens suficientes*", enquanto o artigo 659, *caput*, do CPC, preceitua que "*A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios*".

52. Aliás, quando tratam do pagamento, os artigos 708 e 710, do CPC, preceituam, de um lado, que tal poderá ocorrer pela quitação em dinheiro, adjudicação e usufruto, além do que deverá ser "*pago do principal, juros custas e honorários*", a revelar que a garantia, por certo, deverá corresponder ao quantum devido, sob pena, inclusive, de aplicação das disposições que tratam de seu reforço.

53. Nessa esteira, não é coerente o argumento do TJESP de que a mera indicação do Imóvel no longínquo ano de 1998, cujo objetivo foi permitir o oferecimento dos Embargos copiados às fls. 174/180, tem o condão de travar um pedido de falência formulado em 2012 e lastreado em execução frustrada.

54. Em outra vertente, não basta a simples indicação de bens à penhora para afastar o estado de insolvência, mas, sim, que a constrição seja suficiente para garantir a integralidade do crédito exequendo, não se podendo olvidar, ainda, da necessidade de que sejam eles, dívida e garantia, contemporâneos e atuais.

[...]

58. Por tais motivos, resta claro que o fato de existir um bem hipotecado sobre o qual recaiu uma penhora há quase 20 (vinte) anos não fulmina o pedido de falência, nem, muito menos, afasta a presença dos requisitos legais dispostos no artigo 94, inciso II, da LRF, em especial, ante sua insuficiência, mesmo porque, frise-se, a Certidão ratificou a presença da tríplice omissão, exatamente nesse sentido. (e-STJ fls. 1.432/1.434.)

No que se refere ao valor da dívida e do imóvel hipotecado e penhorado,

Superior Tribunal de Justiça

assevera que:

64. Com efeito, o Acórdão limitou-se a somar as colunas intituladas de "Principal", que somam R\$ 3.990.332,18 (três milhões, novecentos e noventa mil, trezentos e trinta e dois reais e dezoito centavos), ignorando que integram o saldo os "Honorários Advocatícios (10% - Arbitrados na Execução)", referidos na linha logo abaixo daquela em que se baseou o TJESP, ou seja, R\$ 399.033,21 (trezentos e noventa e nove mil, trinta e três reais e vinte e um centavos).

65. Assim, numa conta simples, é possível aferir que o crédito exequendo perfazia R\$ 4.389.365,40 (quatro milhões, trezentos e oitenta e nove mil, trezentos e sessenta e cinco reais e quarenta centavos), ou seja, montante superior ao valor do bem hipotecado, pois, nesse particular, consignou o Acórdão que "veio o imóvel expressamente avaliado em R\$ 4.039.770", fls. 1.357.

66. Dessa forma, não há que se falar em garantia idônea se, na data invocada pelo Acórdão, o Imóvel já era insuficiente para fazer frente ao débito cobrado na Execução, ou seja, não atendida ao requisito do artigo 94, inciso II, da LRF, circunstância não verificada também no ajuizamento do pedido de quebra.

[...]

69. Dessa forma, renovadas as vênias, não se trata de simplesmente, acreditar que "o valor do débito acrescido em termos reais dos juros moratórios equivalentes a dezoito anos tenha, a essa altura, ao que tudo indica superado o valor do imóvel", pois, *in casu*, tal quadro não decorre de mera presunção, mas, sim, de situação real e concreta espelhada:

(i) na mesma Planilha aproveitada pelo Acórdão, a qual se extrai um débito da ordem de R\$ 28.951.699,15 (vinte e oito milhões, novecentos e cinquenta e um mil, seiscentos e noventa e nove reais e quinze centavos) em setembro de 2012, fls. 489/490, data do ajuizamento da Ação Principal; e

(ii) no julgamento, pelo TJESP, do Agravo de Instrumento nº 0238416-73.2011.8.26.0000, fls. 484/487, que ratificou a avaliação do Imóvel nos termos expostos pelo *Parquet*, valor que, atualizado na forma prescrita naquele julgado, atinge cerca de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) em 2014, quase 50% (cinquenta por cento) menor que a dívida.

70. Tais elementos, contudo, são ora mencionados a título de ilustração porque a insuficiência do bem hipotecado frente ao crédito exequendo, não bastassem os motivos antes declinados, é corolário lógico do próprio prosseguimento da Execução e está expressamente estampada na Certidão ratificada pela Sentença, documento público que "faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença", nos termos do artigo 364, do CPC, e da qual se extrai, de um lado, a informação de que houve penhora do "imóvel dado em garantia hipotecária à dívida executada (inscrito sob a matrícula nº 8.250 do C.R.I. de Itapeva) avaliado em R\$ 10.966.464,00 em 12/04/2007", ou seja, ao mesmo tempo em que constou a existência de constrição, explicitou a ausência de "bens suficientes à garantia do Juízo", nos exatos termos exigidos pela legislação de regência. (e-STJ fls. 1.435/1.437.)

Ao final, pede a anulação do acórdão dos declaratórios ou o restabelecimento da sentença.

Superior Tribunal de Justiça

Contrarrazões às fls. 1.565/1.567 (e-STJ).

O recurso especial não foi admitido na origem (e-STJ fls. 1.592/1.594), tendo seguimento por força de decisão proferida no AREsp n. 1.053.108/SP (e-STJ fl. 1.663).

A segunda recorrente, TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., esclarece que "a E. Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu decisão reformando sentença de primeiro grau que havia decretado a falência da recorrente, revertendo a quebra, entendendo não haver litigância de má-fé por parte da requerente e condenando a mesma no pagamento de honorários advocatícios. Posteriormente à interposição de Embargos Declaratórios, reduziu os honorários advocatícios arbitrados" (e-STJ fls. 1.449/1.450).

Alega que o Tribunal de origem ofendeu os arts. 16, 17 e 18 do CPC/1973 e 101 da Lei n. 11.101/2005 e divergiu de precedente do STJ ao deixar de reconhecer a litigância de má-fé por parte do autor, que requereu a falência da ora recorrente. Argumenta que:

O recorrido fundamentou o pedido de falência em tríplice omissão – circunstância na qual o réu em uma execução não paga, não deposita o valor e não indica bens a penhora. Entretanto restou evidente que houve penhora de bem, mais que suficiente para a garantia do crédito exequendo.

Nesse sentido, evidentemente o réu tentou alterar a verdade dos fatos.

O recorrido utilizou certidão de objeto e pé que sabia não refletir a realidade dos fatos, posto que informa ao mesmo tempo a ocorrência de penhora e a tríplice omissão. A incorreção de tal documento resta ainda mais evidente quando confrontada com os demais documentos do conjunto probatório.

O recorrido utilizou o pedido de falência como forma de constranger a recorrente, para cobrar valores que já são objeto de ação de execução, na qual já há garantia.

[...]

DA CERTIDÃO

Primeiramente, o recorrido informou na preambular do pedido de falência que todos os exequentes solicitaram a expedição de certidão de objeto e pé e requereram a suspensão do feito.

Verifica-se dos documentos juntados que o BANCO EXCEL ECONÔMICO S/A, um dos exequentes naquela demanda, não fez qualquer requerimento, seja de expedição de certidão, seja de suspensão do feito.

Desta forma, resta evidente que o recorrido FALTOU COM A VERDADE.

A recorrente trouxe aos autos cópia das fls. 1463/1464 e 1468/1469 dos autos da execução, dos quais observa-se o seguinte:

Requerida a expedição de certidão de objeto e pé, esta foi regularmente elaborada, conforme cópia de fls. 1463/1464 em 16/03/12.

Sem qualquer outro requerimento a mesma certidão foi reproduzida em 30/03/12, com a inclusão na parte final da informação da tríplice omissão.

Ora, a certidão "reformada" é incoerente, posto que informa a ocorrência de penhora entre outros detalhes e ao final, informa a tríplice omissão. Essa certidão, inexata quanto à verdade é a certidão utilizada nos presentes autos.

A prova da existência de penhora, a prova documental que demonstrou a indicação

Superior Tribunal de Justiça

da penhora já demonstraram a incorreção da certidão utilizada.

O próprio acórdão recorrido reconheceu a existência da penhora e a garantia do juízo da execução que tramitava, tanto que reformou a r. Sentença de primeiro grau, revertendo a falência que havia sido decretada.

Ora, o pedido de falência fundou-se em "tríplice omissão", caso em que o credor não paga, não deposita e não indica bens a penhora.

O r. Acórdão recorrido reconheceu a existência de penhora de bem imóvel de valor bastante elevado e capaz de garantir a execução.

Evidente portanto que o recorrido ao propor a demanda alterou a verdade dos fatos, alegando a ocorrência de tríplice omissão.

Desta forma, deve ser reconhecida a litigância de má-fé da recorrida, impondo-se à mesma pagamento de indenização em favor da recorrente. (e-STJ fl. 1.453/1.456.)

Quanto aos honorários advocatícios, sustenta que o Tribunal de origem violou o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, destacando que, arbitrados em 20% sobre o valor da causa no julgamento do agravo de instrumento, os respectivos embargos de declaração foram acolhidos para reduzi-los a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Tal importância seria aviltante, considerando que foi atribuído à causa o valor R\$ 8.297.306,58 (oito milhões, duzentos e noventa e sete mil, trezentos e seis reais e cinquenta e oito centavos) e que "o depósito elisivo foi fixado em R\$ 28.951.699,15 (vinte e oito milhões, novecentos e cinquenta e um mil, seiscentos e noventa e nove reais e quinze centavos)" (e-STJ fl. 1.457). Acrescentou que, em tal contexto, "os honorários fixados foram no importe correspondente a 0,2410% do valor da causa e 0,0691% do depósito elisivo da falência" (e-STJ fl. 1.458), o que permite sua revisão nesta instância especial. Cita precedentes (e-STJ fls. 1.459/1.479).

Requer o provimento do recurso especial "para o fim de determinar que seja reconhecida a litigância de má-fé da recorrida, condenando a mesma no pagamento de multa correspondente, bem como majorar os honorários advocatícios de sucumbência em favor da patrona da recorrente" (e-STJ fl. 1.479).

Contrarrazões do recorrido às fls. 1.569/1.581 (e-STJ).

O recurso especial também não foi admitido na origem (e-STJ fl. 1.595), tendo seguimento por força de decisão proferida no AREsp n. 1.053.108/SP (e-STJ fl. 1.662).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.997 - SP (2017/0026948-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO AUTOR. EXECUÇÃO FRUSTRADA. ART. 94, II, DA LEI N. 11.101/2005. BEM HIPOTECADO. PENHORA. INSUFICIÊNCIA. PEDIDO DE FALÊNCIA. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 descaracterizada, tendo em vista que o Tribunal de origem apreciou e decidiu fundamentadamente as questões invocadas pelas partes.

2. O art. 94, II, da Lei Federal n. 11.101/1995 autoriza a decretação da falência do devedor que, "executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal".

2.1. A expressão "bens suficientes" contida no dispositivo evidencia que não basta a tempestiva indicação de qualquer bem, sendo necessária a garantia integral do juízo da execução, bastante para satisfazer a obrigação judicialmente exigida.

3. A efetivação de penhora sobre o bem hipotecado, por si, não impede que o credor hipotecário, exequente, requeira a falência do devedor com fundamento no art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005. Isso porque se o referido bem não for suficiente para liquidar a integralidade da dívida – inexistindo pagamento, depósito ou ainda a indicação de outros bens à penhora, pelo devedor –, resta caracterizada a execução frustrada disciplinada no referido dispositivo.

3.1. A inidoneidade do bem penhorado, ainda que objeto de garantia real, pode revelar-se em momento ulterior ao da constrição ou da hipoteca, o que deve ser aferido pelo juiz para avaliar a suficiência da garantia durante todo o trâmite processual, bem assim para fundamentar o decreto de falência do devedor com amparo no art. 94, II, da LRJF.

4. Recurso especial parcialmente provido.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA RÉ. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FRUSTRADA. ART. 94, II, DA LEI N. 11.101/2005. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DO AUTOR. VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PREJUDICIALIDADE.

1. Reformado o acórdão impugnado em decorrência do parcial provimento

Superior Tribunal de Justiça

do recurso especial interposto pelo ora recorrido e determinado o retorno dos autos ao segundo grau para adequado exame da suficiência do bem penhorado e da procedência do pedido de falência à luz da tese jurídica ora adotada acerca do art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005, descabe apreciar as alegações deduzidas pela recorrente, ré, sobre litigância de má-fé do autor e valor dos honorários advocatícios arbitrados em segundo grau.

2. Recurso especial prejudicado.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.997 - SP (2017/0026948-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator):

Trata-se na origem de pedido de falência apresentado por BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A., com fundamento no art. 94, II (execução frustrada), da Lei n. 11.101/2005 contra TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A., narrando o autor que:

1. O Banco Industrial e os demais credores da Ré (os "Outros Credores"), em conjunto, ajuizaram Ação de Execução (a "Execução") em face dela, em 17.12.1996, para realização do crédito histórico de R\$ 4.153.850,66 (quatro milhões, cento e cinquenta e três mil, oitocentos e cinquenta reais e sessenta e seis centavos) (doc. 3).

2. A Execução, por sua vez, tem por objeto o Contrato para Prestação de Fiança nº 001/95 e seus Aditivos (o "Contrato") (doc. 4), firmado com a Ré e a Metalúgica FPS do Brasil Ltda., ao qual foi vinculada, como garantia ao cumprimento das obrigações avençadas, a hipoteca do imóvel de propriedade da primeira, descrito na matrícula nº 8.250, do Tabelionato da Comarca de Itapeva, Estado de São Paulo (o "Imóvel").

[...]

3. Tendo em vista a ausência de pagamento do crédito exequendo, foi expedida Carta Precatória para constrição do Imóvel, ato levado a efeito em 18.8.1997, com a conseqüente nomeação do representante legal da Ré, Sr. Antônio Bernardini, como depositário (doc. 7).

4. A Ré, então, ofereceu Embargos à Execução (os "Embargos") (doc. 8), ocasião em que confessou a dívida e não refutou sua responsabilidade pelo pagamento do débito, limitando-se a suscitar a existência de cláusulas abusivas no Contrato.

[...]

6. Na sequência, foi proferida sentença acolhendo em parte a pretensão deduzida nos Embargos, para fixar o valor do crédito exequendo no montante de R\$ 4.123.429,65 (quatro milhões, cento e vinte e três mil, quatrocentos e vinte e nove reais e sessenta e cinco centavos) (doc. 11) e manter subsistente a penhora realizada nos autos da Execução.

7. A decisão ensejou a interposição de recurso de apelação pela Ré, ao qual foi dado parcial provimento (doc. 12) para reconhecer como valor do crédito (i) do

Superior Tribunal de Justiça

Banco Industrial, o montante de R\$ 1.135.970,09 (um milhão, cento e trinta e cinco mil, novecentos e setenta reais e nove centavos); e (ii) dos Outros Credores, a Importância de R\$ 2.854.362,09 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e sessenta e dois reais e nove centavos).

8. O Banco Industrial, então, deu prosseguimento à Execução por meio da avaliação do Imóvel, que alcançou o montante de R\$ 10.966.464,00 (dez milhões, novecentos e sessenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais) (doc. 13), e, mais tarde, da sua alienação forçada, no que, contudo, não logrou êxito, pois, não obstante as inúmeras tentativas de praxeamento, não houve arrematação.

9. No ponto, é importante esclarecer que a tentativa do Banco Industrial de realizar seu crédito não se limitou à expropriação do Imóvel, eis que, após todas as pesquisas de bens de titularidade da Ré, foram deferidas a (i) penhora *on line* (doc. 14); e (ii) constrição de quotas de outra sociedade da qual a Ré é sócia majoritária, a Comercial BCA Participações e Representações Ltda. (a "BCA"), (doc. 15), ambas, porém, infrutíferas (docs. 16 e 17).

10. Há de se ressaltar, outrossim, que a Execução tramita há quase duas décadas e o Banco Industrial e o Outros Credores não lograram realizar um centavo sequer, seja porque a Ré jamais indicou outros bens de sua titularidade passíveis de constrição, seja porque, como visto acima, todas as diligências levadas a efeito mostraram-se inócuas.

11. Vale consignar, por relevante, que o Imóvel não é suficiente para o adimplemento do crédito exequente, haja vista que, nos termos da avaliação judicial levada a efeito nos autos e convalidada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0238416-73.2011.8.26.0000 (doc. 8), seu valor nem sequer faz rente à metade do *quantum* devido, hoje na ordem de R\$ 28.951.699,15 (vinte e oito milhões, novecentos e cinquenta e um mil, seiscentos e noventa e nove reais e quinze centavos) (doc. 19), sendo, este montante, (i) R\$ 8.241.986,58 (oito milhões, duzentos e quarenta e um mil, novecentos e oitenta e seis reais e cinquenta e oito centavos) referente ao crédito do Banco Industrial (doc. 20); e (ii) R\$ 20.709.712,54 (vinte milhões, setecentos e nove mil, setecentos e doze reais e cinquenta e quatro centavos) referente ao crédito dos Outros Credores (doc. 21).

12. Além disso, a própria Ré confessou, no curso da Execução, a existência de milionário e impagável passivo de natureza fiscal (doc. 22), informação corroborada pela anexa pesquisa tirada da página da Justiça Federal na *Internet* e pela manifestação da Fazenda Nacional nos autos da Execução (doc. 23), as quais, por sua vez, demonstram, às escâncaras, seu quadro de Insolvência.

13. Nessa esteira, frustrada a execução e presentes os requisitos autorizadores, na linha do permissivo contido no art. 94, inciso II, da LFT, o Banco Industrial e os Outros Credores apresentaram petição conjunta na Execução para requerer a suspensão do feito executivo e a expedição de certidão específica para instruir o presente Pedido de Falência, na esteira do § 4º, do mesmo dispositivo legal, o qual foi prontamente deferido pelo Juízo da Execução (docs. 24 e 25). (e-STJ fls. 32/35.)

O autor deu à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (cf. e-STJ fl. 38).

Por determinação judicial (cf. e-STJ fl. 587), a inicial foi emendada para conferir à causa o valor de R\$ 8.297.306,58 (oito milhões, duzentos e noventa e sete mil, trezentos e seis reais e cinquenta e oito centavos), "quantia esta representativa do crédito

Superior Tribunal de Justiça

do Banco Industrial, acrescido de custas processuais e dos honorários advocatícios, no importe de 10% (dez por cento)" (e-STJ fl. 590). Juntou comprovante de complementação das custas (e-STJ fl. 592).

O pedido de falência foi julgado procedente, constando da sentença os seguintes fundamentos:

(i) não foi realizado depósito elisivo (e-STJ fl. 1.250);

(ii) "não pode ser acolhida a tese acerca da existência de bem nomeado à penhora na execução", tendo em vista "que pela vasta documentação colacionada nos autos pelo requerente, o bem imóvel constrito foi avaliado em valor insuficiente à satisfação dos credores, mormente, em razão da existência de credores privilegiados em outras execuções" (e-STJ fls. 1.250/1.251);

(iii) "o autor comprovou, pelos documentos juntados, que aquela execução restou frustrada pela infrutífera busca de outros bens passíveis de penhora, bem como pela ausência de designação de novas praças para a alienação judicial do imóvel lá penhorado, em razão da declaração da fraude à execução que teria sido praticada pela ré" (e-STJ fl. 1.251);

(iv) "a alegação de que não se encontra em estado de insolvência pelo simples fato de haver discussão judicial quanto à legalidade e legitimidade das execuções fiscais promovidas pela Fazenda Nacional, em face da ré, é pueril, vez que tais ações não impediriam o adimplemento de outras obrigações reconhecidas pela própria empresa devedora" (e-STJ fl. 1.251);

(v) "inexiste litigância de má-fé por parte do autor" (e-STJ fl. 1.251);

(vi) "está perfeitamente caracterizada a impontualidade do devedor que, tomando conhecimento da presente demanda deixou de efetuar o depósito elisivo" (e-STJ fl. 1.251);

(vii) "a certidão de objeto e pé acostada ao processo, comprova os fatos alegados pelo autor, fazendo prova da presença da chamada tríplice omissão prevista no dispositivo que fundamentou o pedido inicial, bem como noticiando a frustrada execução e a suspensão daquela ação" (e-STJ fl. 1.251);

(viii) "a mera alegação da ré em sentido contrário não permite afastar a presunção de veracidade *'iuris tantum'* daquela certidão, ainda mais que sem qualquer prova a infirmar o que restou certificado, ônus esse que à parte competia produzir prova" (e-STJ fl. 1.251).

O TJSP, no acórdão ora recorrido, deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela ré para julgar improcedente o pedido de falência, fazendo distinção entre execução com e sem garantia real, assim fundamentando:

Toma-se por base portanto a conduta omissiva do devedor no prazo que a lei lhe concede para a satisfação desde logo da obrigação ou quando menos para a

Superior Tribunal de Justiça

garantia do juízo, mediante depósito do valor cobrado ou indicação de bens passíveis de suportar excussão, tudo a sugerir situação de insolvência.

Diversa é a situação contudo quando se tem garantia real vinculada ao débito, como no caso. O art. 655, § 1º, do CPC, é expresso ao prever que na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá *preferencialmente* sobre a coisa da da em garantia, de modo que em casos tais resta consideravelmente reduzida a margem do executado (e também, a rigor, do próprio exequente) para a indicação de bens à penhora.

E, de fato, a cópia da petição inicial da execução (fls. 119/123 deste instrumento) mostra que os próprios exequentes – dentre eles o autor-agravado – indicaram desde logo, para penhora, o imóvel dado em garantia hipotecária pela escritura pública reproduzida a fls. 158/162 deste instrumento (132-136 dos autos principais), data de junho de 1995, bem que acabou sendo efetivamente penhorado.

É o quanto basta para afastar qualquer perspectiva de ausência de nomeação de bens. Havia bem conhecido, vinculado ao negócio, e sobre ele recaiu concretamente a constrição judicial. (e-STJ fl. 1.389.)

Entendeu o colegiado também que não se poderia falar em insuficiência do bem, "porque penhorado tal qual no momento da outorga da hipoteca, ocasião em que tido por idôneo pelas instituições financeiras credoras, cujo zelo e rigor na avaliação da idoneidade de garantias contratuais dispensam comentários" (e-STJ fl. 1.390), sendo certo que, "ao ensejo da escritura, em suma, veio o imóvel expressamente avaliado em R\$ 4.039.770,00, para uma dívida que naquele momento girava em torno de R\$ 3.300.000,00, considerados os três credores simultaneamente beneficiados" (e-STJ fl. 1.390). Ainda acrescentou o acórdão:

A execução foi ajuizada, por seu turno, em dezembro de 1996, um ano e meio após a constituição da garantia, sendo lícito presumir haja ocorrido alguma valorização imobiliária nesse interregno; de outra parte, a dívida em aberto foi apontada na petição inicial daquela demanda como correspondendo a R\$ 4.153.850,66, valor que todavia restou reduzido em pequena margem no julgamento, em Primeira Instância, de embargos opostos à execução (fls. 256/263 deste instrumento), e com maior intensidade no reexame recursal dessa decisão (v. acórdão a fls. 264/171 deste instrumento), a ponto de os exequentes apresentarem novo cálculo de liquidação, com referência a um valor nominal, válido para dezembro de 1996, de aproximadamente, R\$ 3.990.000,00 (cf. fls. 489/490 deste instrumento e fls. 448/449 dos autos do pedido de falência).

Destaque-se contudo que esse confronto de dados numéricos é feito apenas a título de reforço de argumentação, pois sobretudo releva a circunstância de a constrição judicial ter tomado por base a garantia aceita pelos credores, e portanto por eles tida por idônea.

A partir daí, os percalços enfrentados pela execução fogem da órbita da previsão estrita do art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, o que se diz, por exemplo, da circunstância de não ter o bem encontrado arrematantes em hasta pública (houve, a rigor, arrematação pelo expressivo valor de R\$ 20.000.000,00, posteriormente anulada, contudo), fazendo com que o valor do débito acrescido em termos reais dos juros moratórios equivalentes a dezoito anos tenha, a essa altura, ao que todo indica superado o valor do imóvel.

Igualmente irrelevante se mostra o detalhe de os exequentes, desesperançosos da

utilização efetiva da garantia real, terem procurado infrutiferamente novos bens de titularidade da executada (inclusive ativos financeiros). Não que esse aspecto, mais amplamente considerado, não possa ter relevância a um quadro sugestivo de insolvência, inclusive em conjunto com a notícia de expressivas dívidas outras de responsabilidade da empresa; não tem repercussão, contudo, especificamente quanto ao fundamento embasador do pedido de falência, que eventualmente poderá ser requerida por causa jurídica distinta. (e-STJ fls. 1.390/1.391.)

O TJSP asseverou, do mesmo modo, ser irrelevante a "duvidosa" fraude à execução reconhecida pelo Juízo da execução, envolvendo o arrendamento contratado pela executada com terceiros após a penhora (cf. e-STJ fl. 1.391). Destacou que o arrendamento rural não transfere o domínio e que a penhora não retira do executado a disponibilidade do respectivo bem.

Por último, o acórdão deixou de acolher a tese de má-fé do autor, e arbitrou os honorários em seu prejuízo no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa (cf. e-STJ fl. 1.391).

Os aclaratórios da parte ré foram rejeitados e os da autora, sucumbente, acolhidos para arbitrar os honorários advocatícios em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), assim justificado o acolhimento dos aclaratórios por erro material:

Fixou-se a verba em 20% do valor da causa considerando o valor originário, constante da petição inicial do pedido de falência, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem que tenha o Relator, por lapso, atentado para o aditamento havido na fl. 539 dos autos originários (fl. 580 deste instrumento), levando o valor da causa a R\$ 8.297.306,58. Não se quis, por cento, adotar o percentual de 20% desse elevadíssimo valor, que acabaria por onerar em demasia o autor da demanda, além de enriquecer injustificadamente o patrono da ré, sem qualquer desdouro para o trabalho por ele desenvolvido. (e-STJ fl. 1.417.)

Daí os presentes recursos especiais.

I. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A.

I.a. DA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973

O recorrente assim resume as omissões que afirma não terem sido sanadas na instância ordinária:

- (i) ao não enfrentamento dos pontos nodais da questão, quais sejam os de que (a) o artigo 94, inciso II, da LRF, estabelece a obrigatoriedade de nomeação de bens suficientes para garantia do Juízo, o que não ocorreu na hipótese vertente; e (b) no cálculo feito pelo TJESP para concluir pela suficiência da garantia hipotecária à época do ajuizamento da Execução não foi considerada a parcela dos honorários advocatícios, que integram o crédito exequente e estavam discriminados no mesmo documento em que se firmou o julgado;
- (ii) à ineficácia da penhora levada a efeito nos autos da Execução vez que o Imóvel, garantia hipotecária penhorada, sucumbiu frente ao débito fiscal;
- (iii) à ausência de indicação de bens já que o Imóvel, por ser objeto de hipoteca, foi

Superior Tribunal de Justiça

penhorado por força de lei e não ato voluntário da Recorrida; e
(iv) à circunstância de que o crédito exequendo supera em muito o valor do Imóvel quando tomadas as bases fixadas pelas instâncias ordinárias para sua avaliação. (e-STJ fls. 1.423/1.424.)

Sem razão o recorrente nesse ponto, tendo em vista que, quanto ao art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005, o acórdão recorrido adotou fundamentação ampla que, de fato, dispensa a apreciação da expressão "suficientes" contida no dispositivo e do valor dos honorários advocatícios na época da propositura da ação de execução para aferir a dita suficiência. Com efeito, conforme relatado, entendeu o Tribunal que, cuidando-se de contrato garantido por hipoteca, a penhora do respectivo bem, por si, impede a aplicação do referido dispositivo, tendo em vista que não se poderia falar em ausência de nomeação de bens (cf. e-STJ fl. 1.389). Ademais, de todo o modo, segundo consta do acórdão recorrido, não há como concluir pela insuficiência do bem oferecido, sendo certo que, "ao ensejo da escritura", a avaliação do bem ultrapassava o valor da dívida, considerando os três credores (cf. fl. 1.390). Diante de tais fundamentos mais amplos, não seria mesmo necessário apreciar a tese de que a suficiência do bem na data do ajuizamento deveria levar em consideração, também, o valor dos honorários devidos.

Na sequência, igualmente quanto à suficiência do bem, o Tribunal de origem considerou o valor da dívida apontado na inicial da execução, o qual foi reduzido no julgamento dos embargos do devedor, em primeiro e em segundo grau. Acrescentou, no entanto, que tal "confronto de dados numéricos" foi realizado exclusivamente "a título de argumentação, pois sobretudo releva a circunstância de a constrição judicial ter tomado por base a garantia aceita pelos credores, e portanto por eles tidas por idônea" (e-STJ fl. 1.390).

Considerou, ainda, que as dificuldades enfrentadas ao longo da execução, tal a ausência de arrematação válida e a infrutífera procura de outros bens, escapam "da órbita da previsão estrita do art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005" (e-STJ fl. 1.390).

Acerca das dívidas fiscais, também não há omissão. O acórdão recorrido expressamente afirmou que tais débitos seriam irrelevantes para a solução desta demanda, assim argumentando:

Com efeito. O pedido de falência veio inequivocamente amparada no disposto no art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, de modo que, ante a taxatividade das hipóteses determinantes da quebra e ainda a fundamentação estrita que cerca pretensões em tal sentido, devem os pressupostos correspondentes ser analisados rigorosamente à luz do embasamento legal invocado pelo credor, não vindo ao caso questões outras aventadas ao longo do processamento, como a condição de efetiva devedora da ré perante o banco, ou ainda a possibilidade de inferir insolvência pela notícia de inúmeras outras dívidas não pagas e bem assim de inúmeras execuções fiscais ajuizadas. (e-STJ fls. 1.388/1.389 – grifei.)

Quanto ao fato de o bem ter sido indicado à penhora pelo próprio banco credor, não pela devedora, também não revela omissão. O Tribunal de origem apenas não o considerou importante, sobretudo por se cuidar de dívida garantida por hipoteca, que reduziria "a margem do executado (...) para a indicação de bens à penhora" (e-STJ fl. 1.389). Reconheceu que o imóvel foi indicado na própria petição inicial da execução e que a penhora foi realizada sobre tal bem, concluindo ser "o quanto basta para afastar qualquer perspectiva de ausência de nomeação de bens. Havia bem conhecido, vinculado ao negócio, e sobre ele recaiu concretamente a constrição judicial" (e-STJ fl. 1.389 – grifei).

Por último, consta do acórdão recorrido, mesmo que "a título reforço de argumentação" (e-STJ fl. 1.390), o confronto entre os valores da dívida e do imóvel nos períodos da celebração do contrato e da propositura da execução, considerando ainda que a dívida teria sido reduzida no julgamento dos embargos à execução, em primeiro e em segundo grau (cf. fl. 1.390). Também observou que, provavelmente, o valor da dívida teria superado o valor do bem diante da ausência de arrematação válida e da incidência de "juros moratórios equivalentes a dezoito anos" (e-STJ fl. 1.390), fato que, segundo o acórdão, fugiria "da órbita da previsão estrita do art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005" (e-STJ fl. 1.390).

Portanto, não está caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

I.b. DA OFENSA AO ART. 94, II, DA LEI N. 11.101/2005 – EXECUÇÃO FRUSTRADA – BEM PENHORADO

O requerimento de falência fundamentado em execução frustrada, decorrente de tríplice omissão, era previsto no Decreto-Lei n. 7.661/1945, que assim dispunha:

Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:

I – executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal;

O atual diploma, Lei Federal n. 11.101/2005, aperfeiçoou a norma pertinente à hipótese de execução frustrada, estabelecendo que:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

[...]

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

A expressão "bens suficientes" acrescida ao diploma em vigor evidencia que não se admite a indicação de qualquer bem, sendo necessária a garantia integral do juízo da execução, bastante para satisfazer a obrigação judicialmente exigida. É essa, em

Superior Tribunal de Justiça

síntese, a controvérsia jurídica destes autos, cuja solução compete a esta Corte Superior. Não há discussão sobre o inadimplemento da devedora, a falta de pagamento e do depósito da importância devida.

Para afastar o requisito da falta de nomeação de "bens suficientes" à penhora, o Tribunal de origem considerou que, no caso específico de contrato garantido por hipoteca, somente cabe a constrição do imóvel hipotecado, circunstância que, a rigor, impede o credor hipotecário de requerer a falência. Ponderou-se que, no presente caso, o bem hipotecado foi "tido por idôneo pelas instituições financeiras credoras, cujo zelo e rigor na avaliação da idoneidade de garantias contratuais dispensam comentários" (e-STJ fl. 1.390).

Penso não ser essa, todavia, a melhor interpretação para o dispositivo.

Sabidamente, o bem hipotecado é sujeito a vicissitudes que podem alterar de modo substancial o seu valor de mercado. Além disso, a evolução da dívida em face do prolongado inadimplemento do devedor, em cotejo com a inequivalente valorização do bem, são circunstâncias que devem ser consideradas no julgamento de demandas como a que ora se examina.

Note-se que o Código Civil prevê a possibilidade de vencimento antecipado da dívida à luz dessa realidade. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes dispositivos do referido diploma:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

[...]

II – se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III – se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

I – se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

[...]

IV – se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;

V – se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor;

Sem qualquer descompasso com esse silogismo, o art. 655, § 3º, do CPC/1973 (com a redação da Lei n. 11.382/2006) não previu que a penhora deveria recair obrigatoriamente sobre o bem hipotecado. Apenas estabelecia, conforme assinalado no próprio acórdão recorrido, que a constrição incidiria, "preferencialmente", sobre o bem dado em garantia.

Ademais, a jurisprudência do STJ, seja interpretando a norma do art. 655, §

Superior Tribunal de Justiça

1º, do CPC/1973, seja interpretando o art. 835, § 3º, do CPC/2015 – que corresponde àquele –, em conformidade com o princípio da maior efetividade da execução, entende que a determinação legal de que a penhora incida sobre o bem hipotecado tem natureza "relativa, devendo ser afastada tal regra quando constatada situação excepcional, notadamente se o bem dado em garantia real se apresenta impróprio ou insuficiente para a satisfação do crédito da parte exequente" (AgInt no REsp n. 1.778.230/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 19/11/2019). No mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.389.406/RS, de minha relatoria, QUARTA TURMA, DJe 28/8/2020; REsp n. 1.851.436/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 11/2/2021, e AgInt no AREsp n. 1.544.669/SP, de minha relatoria, QUARTA TURMA, DJe 18/3/2022.

Em tal contexto jurídico, a efetivação de penhora sobre o bem hipotecado, por si, não impede que o credor hipotecário, exequente, requeira a falência do devedor com fundamento no art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005. Isso porque, se o referido bem, atualmente, não for suficiente para quitar a dívida – inexistindo pagamento, depósito ou ainda a indicação de outros bens à penhora, pelo devedor –, estará caracterizada a execução frustrada disciplinada no referido dispositivo.

A inidoneidade do bem penhorado – ainda que objeto de garantia real – pode revelar-se em momento ulterior ao da constrição ou da hipoteca, o que deve ser aferido pelo juiz para avaliar a suficiência da garantia durante todo o trâmite processual, bem assim para fundamentar o decreto de falência do devedor com amparo no art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005.

Sob esse enfoque, a título de ilustração, destaco que a legislação processual determina a penhora de tantos bens quantos bastem para o pagamento da dívida total – principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios (arts. 659, *caput*, do CPC/1973 e 831 do CPC/2015) –, e permite a substituição do bem penhorado quando infrutífera a alienação judicial (arts. 656, VI, do CPC/1973 e 848, VI, do CPC/2015), outrossim admitindo que a penhora seja ampliada ou transferida após a avaliação para bens mais valiosos quando o valor dos penhorados for inferior ao respectivo crédito (arts 685, II, do CPC/1973 e 874, II, do CPC/2015).

No caso concreto, mesmo diante do entendimento que adoto, superando a tese jurídica do Tribunal de origem no sentido de que a penhora do bem hipotecado bastaria para impedir a decretação da falência por ausência de nomeação de bem na execução, o recurso especial, nesse ponto, deve ser provido apenas parcialmente.

É que, conforme se colhe do acórdão anteriormente reproduzido, o Tribunal de origem, ao considerar que "os percalços enfrentados pela execução fogem da órbita da previsão estrita do art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005" (e-STJ fl. 1.390), deixou de apreciar com profundidade todos os elementos necessários, surgidos durante os longos anos de

trâmite da execução, iniciada em 1996 e não concluída, para aferir a suficiência do imóvel penhorado diante do valor atual da dívida. Deve-se levar em consideração, por exemplo, o insucesso da alienação judicial, a suposta constrição do bem em cobranças de créditos preferenciais – por exemplo, créditos fiscais – e a evolução da dívida, além de outros aspectos fáticos apreciáveis de ofício ou apontados pelas partes na petição do agravo de instrumento e na respectiva contraminuta e eventualmente comprovados.

Com isso, provendo parcialmente o presente recurso especial, deve o processo retornar ao segundo grau para que a Corte local aprecie a suficiência do bem para liquidar a dívida exequenda, em sua totalidade, nisso incluída a obrigação pactuada contratualmente e seus acréscimos, custas e honorários advocatícios, itens que compõem o valor final da execução.

II. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A.

PREJUDICIALIDADE

No voto que proferi acerca do recurso especial interposto por BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A., afastei a tese jurídica do Tribunal de origem no sentido de que a penhora do bem hipotecado bastaria para impedir a decretação da falência por ausência de nomeação de bem na execução.

Na sequência, conheci e dei parcial provimento a tal recurso especial para determinar que os autos retornem ao segundo grau e que o Tribunal de origem examine, como entender de direito, todos os aspectos fáticos e processuais, apreciáveis de ofício ou apontados pelas partes na petição do agravo de instrumento e na respectiva contraminuta e eventualmente comprovados, para efeito de aferir a suficiência do bem penhorado e a procedência do pedido de falência à luz da tese jurídica ora adotada acerca do art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005.

Portanto, reformado o acórdão recorrido nos termos referidos, descabe apreciar as alegações deduzidas pela recorrente, ré, sobre litigância de má-fé do autor e valor dos honorários advocatícios arbitrados em segundo grau, estando prejudicado o recurso por ela interposto.

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso especial interposto pelo **BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A.** e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO a fim de determinar o retorno dos autos ao segundo grau para que o Tribunal de origem examine, como entender de direito, todos os aspectos fáticos e processuais, apreciáveis de ofício ou apontados pelas partes na petição do agravo de instrumento e na respectiva contraminuta e eventualmente comprovados, para efeito de aferir a suficiência do bem penhorado e a

Superior Tribunal de Justiça

procedência do pedido de falência à luz da tese jurídica ora adotada acerca do art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005. JULGO PREJUDICADO o recurso especial interposto por **TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS**.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.997 - SP (2017/0026948-9)

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: A jurisprudência prevalente no Tribunal é, ou era, no sentido de que o credor com garantia real não teria legitimidade para requerer a falência, salvo se renunciasse ao seu crédito ou se comprovasse a insuficiência da garantia do crédito. Esses pontos têm de ficar muito bem registrados no entendimento que venha a ser adotado na Quarta Turma.

Vejo aqui, no Recurso Especial n. 930.044/RJ, Relator o eminente Ministro Sidnei Beneti, que o item 4 da ementa diz:

“Se o credor tem garantia real, não é, evidentemente, credor quirografário. A falência é instituto reservado aos credores quirografários, visando a partilha de bens do devedor, em rateio, para satisfação, ainda que com a redução decorrente do rateio, de seus créditos. Não é instituto para uso do credor com garantia real, fossem insuficientes. Beneficiária de hipoteca e não havendo desistido dessa garantia ao ajuizar o processo, a requerente da quebra tinha seu crédito garantido e não havia razão para buscar a satisfação por intermédio da falência. O requerimento de levantamento só poderá ser apreciado [...]”

Em outro precedente, do qual fui Relator, o Recurso Especial n. 547.216/PR, diz-se que:

“No presente caso, a falência foi requerida por credora por respaldo do art. 9º, III, a, da Lei de Falência [...]”

Aquele artigo que dizia:

“O credor com garantia real tem legitimidade se a renunciar [ou seja, renunciar à garantia real] ou, querendo mantê-la, se provar que os bens não chegam para a solução do seu crédito; esta prova será feita por exame pericial, na forma da lei processual, em processo preparatório anterior ao pedido de falência, se este se fundar no art. 1º, ou no prazo do art. 12 se o pedido tiver por

fundamento o art. 2º."

Então, nesse caso se diz que:

"Quando a falência foi requerida por credora com respaldo no art. 9º, III, a, da Lei de Falência, não obstante detivesse crédito com garantia real (hipoteca), dado colacionado aos autos apenas pela ré na contestação. Despicienda e sem eficácia, neste feito, discussão acerca da necessidade ou não de renúncia expressa do credor de garantia real que detém para postular a falência da devedora, pois, além de nem sequer haver alegado na inicial possuir tal garantia ou, com o aparecimento do tema, ao longo do processo, ter se manifestado positivamente pela renúncia, também não comprovou a insuficiência do bem para o pagamento do crédito, nos termos legais (art. 9º, III, b, do Decreto n. 7.661/45)."

É muito importante que registremos o aspecto de ter ficado ou não comprovada a insuficiência do bem dado em garantia hipotecária para o pagamento do crédito do requerente da falência. É fundamental.

Acho que a sustentação vai no mesmo sentido do voto do eminente Relator.

Portanto, apenas enfatizo esse aspecto da necessária comprovação da insuficiência, para que se legitime o credor, com garantia real, a requerer a falência.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2017/0026948-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.698.997 / SP**

Números Origem: 01522997920118260000 01668491120138260000 1668491120138260000 20120000041885

EM MESA

JULGADO: 16/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND PEREIRA DINIZ FILHO**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIBUR PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS SOCIEDADE ANONIMA
ADVOGADO : MARIA ELISABETE CIUCCIO REIS DO PRADO - SP118360
RECORRENTE : BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A
ADVOGADOS : FABIANO CARVALHO - SP168878
RENATO NAPOLITANO NETO - SP155967
FLAVIA PORTO GOMES GUBERT - SP234394
VANESSA DE MARIA OUTTONE - SP156822
ERIC BAYER - SP250616
HENRIQUE NELSON CALANDRA - SP037780
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM - SP065981
RECORRIDO : OS MESMOS
INTERES. : RUBENS MACHIONI SILVA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **FABIANO CARVALHO**, pela parte RECORRENTE: BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S/A

CERTIDÃO

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

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial pelo BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A e julgou prejudicado o recurso especial interposto por TIBUR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.