

Apelação Cível n. 0300956-15.2015.8.24.0020, de Criciúma
Relator: Desembargador Robson Luz Varella

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE ACIONADA.

ILEGITIMIDADE ATIVA – TESE DE QUE A AUTORA NÃO SE ENQUADRA COMO CREDORA QUIROGRAFÁRIA, ANTE A EXISTÊNCIA DE HIPOTECA SOBRE O CRÉDITO POR ELA TITULARIZADO – NO ENTANTO, GARANTIA JÁ EXECUTIDA – ADEMAIS, CREDOR PRIVILEGIADO COM LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR, NOS TERMOS DO ART. 753, I, DA LEI ADJETIVA CIVIL DE 1973, DESDE QUE RENUNCIE AO SEU PRIVILÉGIO – HIPOTECA QUE PODE SER VOLUNTARIAMENTE DISPENSADA A QUALQUER TEMPO, A TEOR DO ART. 1.499, IV, DO CÓDIGO CIVIL – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROEMIAL ESCORREITAMENTE RECHAÇADA – RECLAMO REJEITADO.

Embora o art. 753, I, do Código Buzaid, preceitue que “a declaração de insolvência pode ser requerida por qualquer quirografário”, enquadra-se na hipótese descrita o credor privilegiado, desde que renuncie ao seu privilégio, podendo fazê-lo a qualquer tempo, conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça.

Na espécie, afigura-se legítima a parte autora para requerer a insolvência em comento, porquanto a garantia hipotecária outrora existente sobre a dívida por ela titularizada não mais permanecia ao tempo de ajuizamento da demanda, além do que se aplicaria, em caso contrário, o entendimento acima estampado.

MÉRITO – INSOLVÊNCIA POSTULADA COM FULCRO EM DÉBITO DECORRENTE DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO, NA QUAL O RÉU FIGURA COMO DEVEDOR SOLIDÁRIO – ÔNUS DO ACIONADO DE DEMONSTRAR SUA SOLVÊNCIA, A TEOR DO ART. 756, II, DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL DE 1973 – ENCARGO NÃO SATISFEITO – CERTIDÕES NEGATIVAS DE BENS EM NOME DO ACIONADO – AINDA, DOCUMENTOS POR ESTE JUNTADOS QUE SE REFEREM A OBJETOS

PENHORADOS OU QUE NÃO MAIS INTEGRAM SEU PATRIMÔNIO – MÁ-FÉ DA PARTE CREDORA INCOMPROVADA – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO, AMPARADO PELA LEGISLAÇÃO – ADEMAIS, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE VIA ALTERNATIVA PARA QUITAÇÃO DA DÍVIDA, O QUE SERIA DE INCUMBÊNCIA DO ACIONADO DEMONSTRAR, CONSOANTE O ART. 805, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE RITOS – INSOLVÊNCIA CORRETAMENTE DECRETADA – APLICAÇÃO DA REGRA DOS ARTS. 748 DA LEI ADJETIVA CIVIL DE 1973 E 955 DO CÓDIGO CIVIL – APELO DESPROVIDO.

Na esteira do art. 748 da Lei n. 5.869/1973, “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor” e, conforme o art. 955 do Código Civil, “procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam a importância do devedor”.

Ainda, consoante decorre do art. 756, II, da Lei Adjetiva Civil revogada, e como já entendido pelo Superior Tribunal de Justiça, é ônus do devedor demonstrar sua solvência, encargo não satisfeito no caso concreto, porquanto os bens por ele apresentados não mais integram seu patrimônio, ou já estão penhorados em execução fiscal, constando, ademais, certidões negativas de imóveis e veículos em nome do acionado.

Assim, verificada a insuficiência do patrimônio do réu para fazer frente ao débito de R\$ 984.746,82 (novecentos e oitenta e quatro mil setecentos e quarenta e seis reais e oitenta e dois centavos), decorrente de Cédula de Crédito Bancário na qual figura como devedor solidário, afigura-se escoreita a decretação de sua insolvência, não havendo cogitar de má-fé da instituição financeira, pois esta agiu em exercício regular de direito, tampouco de ofensa ao princípio da menor onerosidade ao devedor, porquanto não comprovada a existência de via alternativa para satisfação da dívida, como exigido pelo art. 805, parágrafo único, do Código de Ritos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

0300956-15.2015.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara da Fazenda em que é/são Apelante(s) Jaimir Comin e Apelado(s) Banco Industrial e Comercial S/A BIC.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado na data de 06 de outubro de 2020, os Exmos. Srs. Des. Altamiro de Oliveira e Newton Varella Júnior. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Sandro José Neis.

Florianópolis, 14 de outubro de 2020.

Desembargador Robson Luz Varella
Relator

RELATÓRIO

Jaimir Comin apelou da sentença de fls. 432/442, a qual decretou sua insolvência civil a pedido de Banco Industrial e Comercial S/A, nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, declaro a insolvência civil de Jaimir Comin, nos termos do art. 76, do CPC c/c art. 1.052, do NCPC. Ainda, declaro o vencimento antecipado de suas dívidas (CPC, art. 751, I), determino a arrecadação dos bens suscetíveis de penhora (CPC art. 751, II) e instauro, via de consequência, a execução por concurso universal (CPC, art. 751, III). Nomeio como administrador da massa a empresa GLADIUS CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL S/S LTDA, na pessoa de seu administrador (AGENOR DAUFENBACH JÚNIOR) – sito à RUA RUI BARBOSA, n.º 149, salas 405/406, Centro, MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, CEP: 88201-120, fone: (48) 3433-8982. Os credores poderão acessar o site <<http://www.gladiusconsultoria.com.br>>, para demais informações, cabendo ao cartório judicial observar o art. 764 do CPC, no que tange à assinatura do termo de compromisso do administrador. O administrador judicial deverá ser cientificado, por ocasião do compromisso, a respeito de suas atribuições contidas nos artigos 763 a 766 ambos do CPC, as quais deverão ser cumpridas nas fases processuais correlatas. Expeça-se edital com prazo de vinte (20) dias para a convocação de credores à apresentação das declarações de crédito, acompanhadas dos respectivos títulos (CPC, art. 761, II). As execuções movidas por credores serão remetidas ao juízo da insolvência, nos termos do art. 762, § 1º do CPC – neste ponto, cabe ao cartório a providências de noticiar a declaração aos demais juízos, visando reunir as ações ora universalizadas. Cumpra-se o art. 768 do CPC oportunamente. Em suas razões (fls. 453/466), arguiu ilegitimidade ativa para requerimento da insolvência, tendo em vista não ser a autora credora quirografária, já que a dívida de sua titularidade é garantida por hipoteca.

No mérito, afirma que o crédito postulado pela demandante pode ser solvido pela execução da garantia real, e que não se caracteriza hipótese de insolvência do demandado. Assevera que a eleição da presente via configura meio de coagir o devedor, sendo contrária ao princípio da menor onerosidade da execução. Sustenta, também, que o ônus da prova de comprovar a insolvência do acionado é da instituição financeira. Argumenta, ainda, ter a casa bancária agido de má-fé ao ingressar com a “actio” em tela, tendo a mesma alegado sua condição de credora quirografária nesses autos, enquanto em recuperação judicial na qual se pretende o mesmo crédito a acionante aduziu ser credora extraconcursal. Postula, ao fim, a reforma do “decisum” que decretou a

insolvência.

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 522/539.

Às fls. 559/564, o Ministério Público opinou pelo desprovemento da insurgência.

Pelo aresto de fls. 571/585, o feito foi remetido a este órgão fracionário pela Segunda Câmara de Direito Civil.

É o necessário relatório.

VOTO

Trata-se de apelo interposto contra sentença que decretou a insolvência civil do recorrente.

Registra-se que a matéria permanece regulada pelas disposições do “Codex” anterior, na forma do art. 1.052 do Código Fux, o qual prevê: "Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973".

Feitas tais considerações, passa-se ao exame dos pontos invocados.

Ilegitimidade ativa

O apelante argui a ilegitimidade da autora para requerer sua insolvência, tendo em conta que não se enquadraria a mesma como credora quirografária.

Acerca da legitimidade para postular a insolvência, prevê o art. 753 da Lei Adjetiva Civil de 1973:

Art. 753. A declaração de insolvência pode ser requerida:

I - **por qualquer credor quirografário**;

II - pelo devedor;

III - pelo inventariante do espólio do devedor. (grifou-se)

No entanto, compulsando o caderno processual, observa-se não mais subsistir a garantia hipotecária pactuada sobre o crédito de domínio da demandante, dada sua prévia excussão, de maneira que, ao tempo do ajuizamento da demanda, a credora qualifica-se como quirografária.

Além disso, ainda que existisse a hipoteca, a garantia poderia ser renunciada pela acionante a qualquer tempo, já que constituída em seu favor, e diante do preceituado pelo art. 1.499, IV, do Código Civil (“A hipoteca extingue-se pela renúncia do credor.”).

Ademais, a credora não pode ser desestabilizada pela presença da garantia hipotecária, podendo pleitear a insolvência do devedor também nesse

caso, com base no art. 753, I, da Lei Instrumental Civil revogada, desde que renuncie à aludida hipoteca.

Tal é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR (CPC, ARTS. 753, I, E 756). LEGITIMIDADE ATIVA DO EXEQUENTE. CREDOR PRIVILEGIADO (EAOAB - LEI 8.906/94, ART. 24). RENÚNCIA TÁCITA AO PRIVILÉGIO DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ESTADO DE SOLVÊNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO DO EMBARGANTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. SUPRIMENTO PELA INTERVENÇÃO NO SEGUNDO GRAU. RECURSO DESPROVIDO. 1. **Pode o credor detentor de crédito privilegiado optar por ajuizar a ação de insolvência civil, renunciando, com isso, implicitamente, ao seu privilégio.** 2. De acordo com o art. 756, II, do CPC, o embargante pode alegar que seu ativo é superior ao passivo, pelo que caberá ao devedor o ônus de provar a alegada solvência, mesmo porque ninguém melhor que o titular conhece as próprias finanças. 3. No caso, o recorrente não logrou comprovar sua situação de solvência, pleiteando, apenas genericamente, fosse deferida a produção de "perícia contábil e juntada posterior de documentos". Tratando-se de devedor civil, não se sabe de que contabilidade cogitava o requerente e que outros documentos juntaria posteriormente. Nesse contexto, o órgão julgador entendeu desnecessária a dilação probatória não especificada de forma suficiente. 4. A intervenção do Ministério Público na insolvência civil se impõe à luz da regra do art. 82, III, do CPC. Porém, não se deve decretar a nulidade de processo pela não intervenção do Parquet, em primeiro grau, sem demonstração de nenhum prejuízo na instrução da causa, máxime quando ocorre a manifestação, em segundo grau de jurisdição, sem que se aponte nulidade. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 488.432/MG, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 06/11/2012) (sem grifos no original)**

A mesma conclusão foi tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. INSOLVÊNCIA CIVIL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. **CREDOR TRABALHISTA. LEGITIMIDADE ATIVA. RENÚNCIA TÁCITA AO PRIVILÉGIO DO CRÉDITO. PRECEDENTE ESPECÍFICO DA CORTE SUPERIOR. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.** 1. "A declaração de insolvência pode ser requerida: I - por qualquer credor quirografário" (Art. 753, CPC/73); 2. "Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 ." (Art. 1.052, CPC/15); 3. **Na hipótese, tem legitimidade ativa para requerer a insolvência civil o credor trabalhista que demonstra cabalmente a existência de crédito. Comportamento que implica no reconhecimento de renúncia implícita ao crédito privilegiado;** 4. Recurso provido para anular a sentença. (Apelação

Cível n. 0139513-48.2018.8.19.0001, Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, j. em 29/1/2020) (sem grifos no original)

Por conseguinte, assentada a legitimidade da parte autora, mantem-se a rejeição da proemial, rechaçando-se o inconformismo neste particular.

Mérito

O insurgente questiona a decretação de sua insolvência, apontando, em suma: a) inexistência de estado de insolvência, sendo ônus da recorrida demonstra-lo; b) garantia do crédito da demandante por imóvel hipotecado; c) má-fé da apelada e; d) violação ao princípio da menor onerosidade ao devedor.

Na esteira do art. 748 do Código Processual Civil anterior, “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor” e, conforme o art. 955 do Código Civil, “procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor”.

Ainda, presume-se a insolvência nos casos trazidos pelo art. 750 da Lei Processual revogada:

Art. 750. Presume-se a insolvência quando:

- I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;
- II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

Deve-se verificar, por conseguinte, se o passivo do suplicado supera seus ativos.

Nesse sentido, comprovado pela instituição financeira ser o réu devedor da importância de R\$ 984.746,82 (novecentos e oitenta e quatro mil setecentos e quarenta e seis reais e oitenta e dois centavos), em decorrência da Cédula de Crédito Bancário de n. 1190748, acostada às fls 35/42, na qual o demandado figura como devedor solidário.

Pode o estabelecimento bancário, assim, buscar o débito diretamente do ora acionado, consoante previsto no art. 275 do Código Civil, sem

benefício de ordem em favor do devedor solidário:

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

Nessa linha, é encargo do devedor demonstrar sua solvência, já que imputa-lo ao credor implica no ônus deste de produzir prova negativa, o que é inadmissível, e o acionado deve possuir conhecimento do patrimônio do qual é proprietário.

É o que se infere do art. 756, II, do “Codex Instrumentalis” de 1973:

Art. 756. Nos embargos pode o devedor alegar:

[...]

II - que o seu ativo é superior ao passivo.

“In casu”, constata-se a ausência de bens do devedor para fazer frente ao crédito perseguido.

Com efeito, às fls. 82/87 constam certidões negativas de imóveis e veículo automotores em nome do demandado.

Ainda nessa senda, as certidões de fls. 124/127, relativas às matrículas imobiliárias de n. 6.210 e 81.638, ambas do Registro Imobiliário da comarca de Criciúma, atestam que o primeiro dos objetos encontra-se penhora em execução fiscal, enquanto o outro não mais pertence ao acionado, pois alienado fiduciariamente à Caixa Econômica Federal.

Os imóveis e reservas carboníferas aludidos às fls. 205/268, a seu turno, pertencem não ao recorrente, mas à empresa da qual é sócio, Comin e Cia Ltda, não havendo confundir os patrimônios pertencentes a cada qual.

Isso porque a pessoa física e o ente moral integrado pela primeira possuem personalidades distintas, possuindo bens próprios, de forma que os documentos em questão não se prestam a indicar o estado de solvência alegado, considerando-se, por isso, insatisfeito o ônus probatório do embargante.

Tampouco resta demonstrada a subsistência da garantia hipotecária afirmada pelo devedor, do que decorre estar o débito desprovido de qualquer hipoteca, consoante narrado pela parte credora.

Incomprovada também a má-fé da casa bancária, porquanto apenas buscou o que lhe era de direito, tendo em vista a falta de patrimônio penhorável do réu, sendo inexistente o comportamento malicioso da acionante, necessária à comprovação da má-fé.

Sem amparo nos autos, ainda, a tese de ofensa ao princípio da menor onerosidade ao executado, uma vez que ausente meio alternativo para quitação da dívida pretendida pela instituição financeira, o que cumpriria ao devedor indicar outros meios eficazes, por força do art. 805, parágrafo único, do Código Processual Civil:

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

Parágrafo único. **Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.** (grifou-se)

Não se vislumbra, na mesma toada, tentativa de coação por parte do estabelecimento bancário, já que a medida possui previsão legal e constitui exercício regular de direito conferido ao credor, conforme a dicção do art. 753, I, da Lei Adjetiva Civil anterior.

Imperiosa, portanto, a manutenção da sentença que decretou a insolvência do apelante, como bem ponderou o representante do Parquet às fls. 559/564.

Rejeita-se, pois, a apelo também no mérito.

Honorários recursais

Relativamente aos honorários recursais, cumpre destacar que este Órgão Colegiado acompanha entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial de

n. 1.573.573/RJ, de modo que, embora desprovida a insurgência, diante da ausência de arbitramento de estipêndio patronal em favor do procurador de qualquer das partes pelo "decisum" apelado, a majoração dos estipêndios encontra óbice intransponível.

Dispositivo

Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso.