

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA
DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL
DA CAPITAL - SP**

Processo nº 1088598-98.2023.8.26.0100

Pedido de Falência

UN RESTAURANTE LTDA., sociedade empresária inscrita no CNPJ/MF sob o nº 22.799.889/0001-51, com sede à Rua das Fiandeiras, nº 677, São Paulo-SP, CEP 04545-004, com endereço eletrônico mandeladvocacia@mandeladvocacia.com.br, por seus advogados que esta subscrevem (procuração anexa), nos autos do Pedido de Falência que lhe é promovido por **Mariana Paulichenco Mantoan**, com fulcro no artigo 98 da Lei 11.101/2.005, **dando-se por citada neste ato**, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

A Requerente, em breve síntese, aduz que celebrou com a Requerida “Instrumento Particular de Contrato de Mútuo” em 01 de novembro de 2017, por meio do qual disponibilizou à Requerida a quantia de R\$ 245.000,00 (duzentos e quarenta e cinco mil reais), com compromisso de restituição do valor em questão até 01.05.2019.

Transcorrida a integralidade do prazo de pagamento, a Requerida permaneceu inerte, e diante da inadimplência a Requerente ajuizou Execução de Título Extrajudicial sob o nº 1038880-69.2022.8.26.0100, na qual a Requerida não teria efetuado o pagamento, tampouco indicado bens à penhora.

Com base na suposta inadimplência e com fundamento em execução frustrada, busca a decretação de sua quebra.

Apresentou documentos pertinentes às cópias do processo de execução e requereu o regular prosseguimento do feito até a efetiva decretação de falência.

Ocorre que a presente ação não pode prosperar, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

DO MÉRITO – Questões Fáticas

A requerida foi constituída em julho de 2015, e após maciços investimentos em estrutura e treinamento e formação de equipe, iniciou suas atividades no ramo dos restaurantes, dedicando-se à culinária japonesa.

O Ichi Restaurante, localizado no bairro dos Jardins, era um estabelecimento que se destacava na cena gastronômica da cidade por oferecer uma experiência de culinária japonesa contemporânea com um toque moderno e sofisticado. A partir de 2018, substituiu o antigo UN e trouxe uma proposta renovada, combinando pratos delicados, coquetelaria criativa e um ambiente vibrante com música e DJ, diferenciando-o dos restaurantes japoneses mais tradicionais.

Com uma área de 240 metros quadrados, o espaço passou por uma reforma significativa que transformou o antigo restaurante em um ambiente moderno, com decoração elegante e iluminação planejada. O clima remetia a uma balada sofisticada, com um bar de drinques bem estruturado e um balcão de sushi que permitia aos clientes acompanhar o preparo dos pratos. A música ambiente, atraía um público que buscava não apenas jantar, mas também uma diversão noturna.

O cardápio do Ichi era focado em porções reduzidas, incentivando os clientes a experimentarem uma variedade de pratos, compartilhando sabores. A proposta era uma fusão entre a culinária japonesa tradicional e toques modernos, com destaque para a qualidade dos ingredientes e a apresentação refinada. Entre os pratos, sushis, sashimis e criações autorais que misturavam técnicas japonesas com influências ocidentais.

Outro dos diferenciais do Ichi era sua coquetelaria, inspirada no lendário barman japonês Louis Eppinger, conhecido como o "pai da coquetelaria japonesa".

Com tais diferenciais, o Ichi se inseriu no contexto da forte cena gastronômica japonesa de São Paulo, reconhecida como uma das mais ricas do Brasil. Diferentemente de restaurantes mais tradicionais, o Ichi apostou em uma abordagem moderna, com influências globais e uma apresentação que dialoga com o público jovem.

Esses diferenciais garantiram ao restaurante um grande sucesso, com mesas disputadas e avaliações extremamente positivas nos serviços especializados.

Contudo, em 2019, os custos fixos do estabelecimento e sua estrutura passaram a prejudicar a atividade, levando a um fechamento temporário do restaurante.

Logo na sequência, sobreveio a pandemia de COVID-19, sendo que em março daquele ano se determinou o fechamento **imediato** de todos os estabelecimentos comerciais nesta Capital que não prestassem serviços considerados essenciais à época.

A pandemia de Covid-19 impactou severamente o setor de bares e restaurantes na capital de São Paulo, devido às medidas de isolamento social, restrições de funcionamento e mudanças no comportamento dos consumidores.

No Brasil, estimativas apontam que entre 250 mil e 335 mil bares e restaurantes fecharam permanentemente, com São Paulo sendo um dos epicentros devido à sua alta densidade de estabelecimentos¹.

Com investimentos substanciais na estrutura, aumento do preço dos insumos e posteriormente a pandemia – fator absolutamente imprevisível – o Ichi se viu diante de um enorme desafio para renegociar com seus fornecedores e investidores, sem contar com faturamento relevante desde o fechamento.

¹ <https://exame.com/pme/um-em-cada-quatro-bares-e-restaurantes-no-brasil-fecharam-as-portas-de-vez/>

Os fornecedores, que enfrentavam exatamente os mesmos problemas, foram compreensivos e acompanharam os esforços da Requerida e seu diretor na tentativa de uma composição, confiantes que no momento certo a casa reabriria, retomaria o movimento e o sucesso de público, e com isso, a empresa cumpriria suas obrigações.

Infelizmente, alguns investidores não tiveram a mesma conduta. E é aqui que a história das partes se converge.

A Sra. Mariana é filha do Sr. Agnaldo Mantoan, com quem foi efetuada a negociação que culminou no “mútuo” objeto do presente pedido de falência.

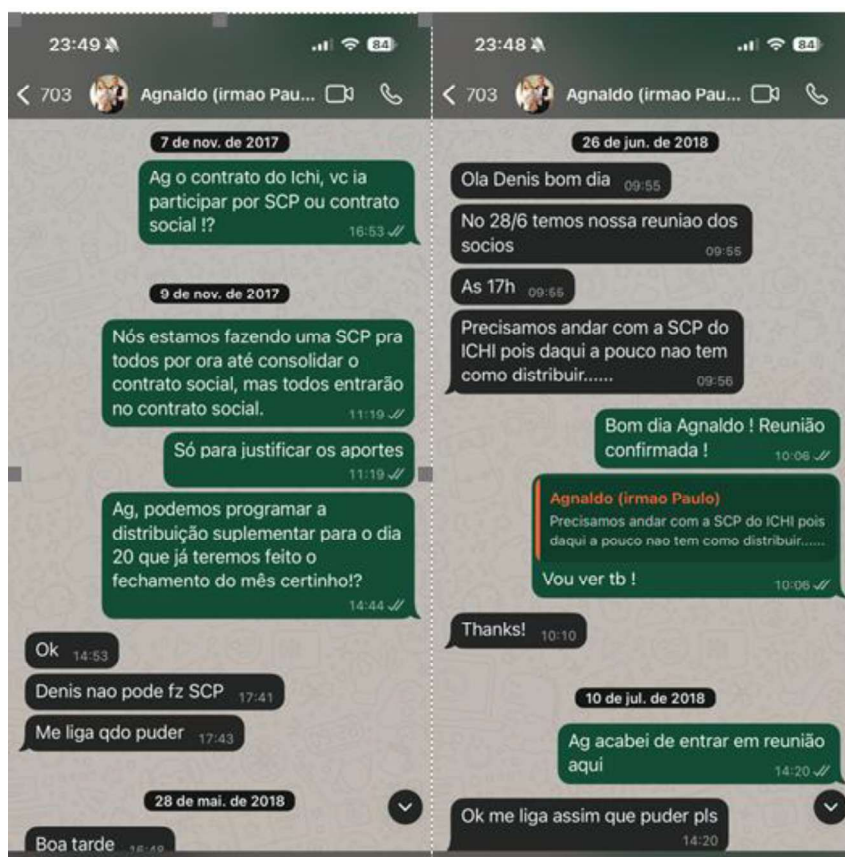
O Sr. Agnaldo encabeçou uma negociação com o Administrador da Requerida que tinha por objetivo **adquirir participação societária** na empresa.

O Sr. Agnaldo e sua filha eram sócios do administrador da Requerida em outro empreendimento muito conhecido em São Paulo: o Trabuca Bar.

Localizado na Vila Olímpia, São Paulo, o Trabuca Bar foi um ponto de destaque na cena noturna da cidade, conhecido por sua versatilidade como bar, restaurante e balada. Situado na Avenida Presidente Juscelino Kubitschek, o estabelecimento combinava uma atmosfera moderna e descolada com uma proposta que atraía tanto os interessados em um happy hour descontraído quanto quem desejasse uma noite animada com música e dança.

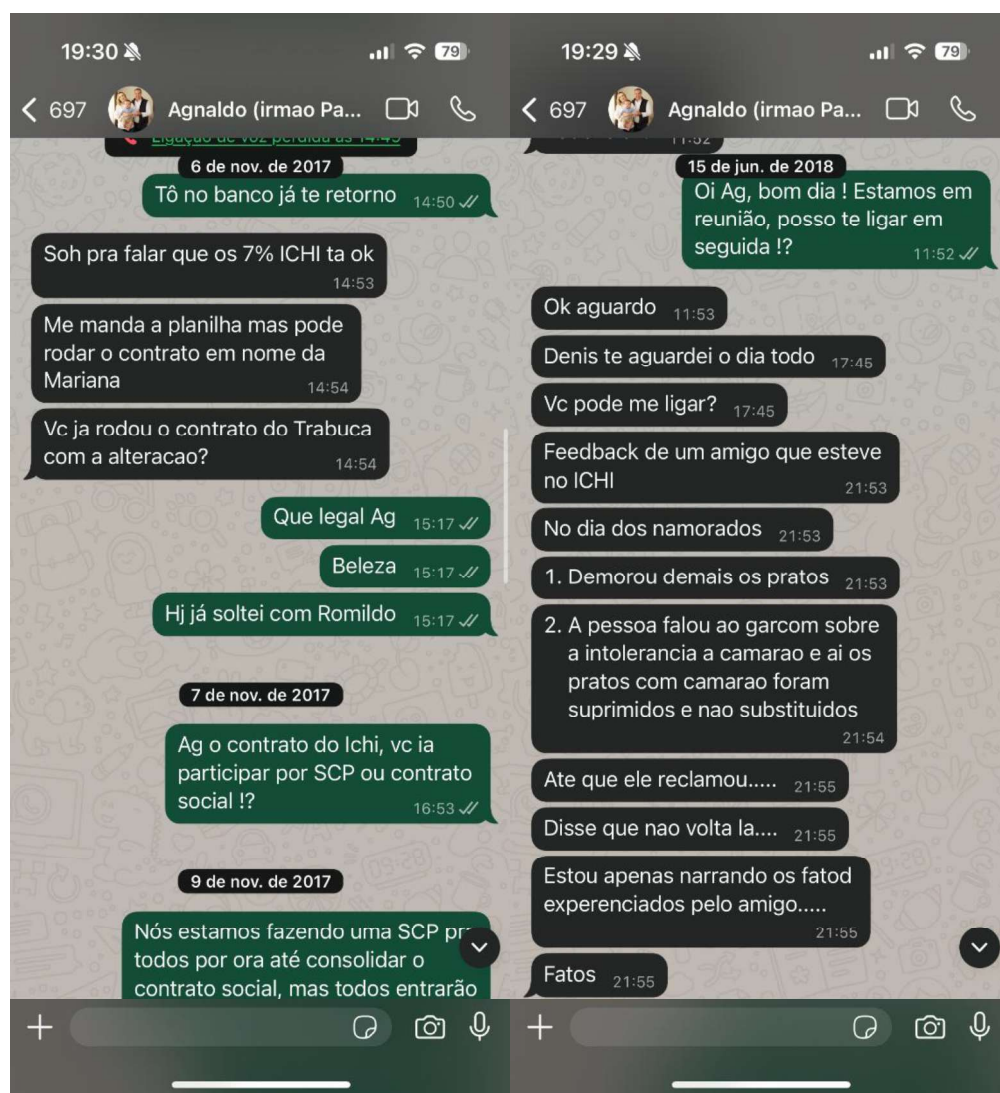
Além da unidade JK, o Trabuca expandiu sua marca abrindo outras filiais na Capital. A proposta dos bares era criar um ambiente versátil, funcionando como restaurantes durante o dia, com almoços executivos, e transformando-se em baladas à noite, com DJs e bandas ao vivo, especialmente às sextas e sábados.

O sucesso do Trabuca Bar à época atraiu o interesse de diversos investidores, como o Sr. Agnaldo (aqui representando/representado pela Sra. Mariana), a participar de outros empreendimentos com seus sócios naquele empreendimento, dentre estes, a empresa ora Requerida. Nesse sentido, há diversos contatos entre as partes demonstrando essa proximidade entre o Sr. Agnaldo e as empresas:



Por isso, o valor que terminou sendo objeto do suposto mútuo tinha por objetivo primário **a aquisição de cotas sociais da Requerida**, conforme minutas que foram trocadas entre as partes (e-mails e minuta anexos).

Por todo o decorrer da negociação foi esclarecido que o Un estava fechado e passaria por reestruturação de conceito e reforma, inclusive com possível alteração do nome fantasia. Isso não impediu, todavia, que o Sr. Agnaldo passasse a já se comportar como administrador da Requerida, interessado em sua performance financeira e comercial. Vejamos nova troca de mensagens:



Conforme se pode verificar das minutas trocadas, a intenção sempre foi que o valor aqui tratado como mútuo **se traduzisse em participação societária na empresa**. Vejamos:

*“Para efetivar a compra de cotas do empreendimento, a COMPRADORA contribuirá ao capital da sociedade o montante de **R\$ 245.000,00 (Duzentos e quarenta e cinco mil reais)**, valor a ser pago da seguinte forma: R\$ 122.500,00 (cento e vinte e dois mil e quinhentos reais) no ato da assinatura deste contrato e R\$ 122.500,00 (cento e vinte e dois mil e quinhentos reais), 30 dias após a assinatura deste instrumento, a ser depositado em conta de titularidade da VENDEDORA, Banco Bradesco, Agência: 00134, Conta Corrente: 0002026-5”.*

Cláusula 2. A transação das Partes na sociedade, após o respectivo aporte, fica representada pela seguinte tabela:

SÓCIO	Participação na SCP
VENDEDORA	93%
COMPRADORA	7%
Total	100%

Todavia, em dado momento, a suposta compradora informou que por motivos fiscais era necessário converter a operação de compra de participação acionária em mútuo feneratício:

Agnaldo Mantoan <mantoan.ag@gmail.com>
 Para: denis@ivanendo.com.br, Denis@ivanendoadvocacia.com.br, Romildo
 <romildo.delamare@senadorcontabil.com.br>

25 de abril de 2018 às 18:05

Denis,
 Confirme conversado hj com Romildo ficou acertado que:

1. Valor depositado ao UN por Mariana P. Mantoan, \$245.000 reais sera classificado como mutuo
2. Teremos que fazer um contrato e pagar o IOF do mesmo.

Dada a premente necessidade dos recursos, a Requerida não se opôs à alteração de formato, contando, todavia, que a outra parte manteria

a intenção em aquisição de participação societária, sendo esse o objetivo primário da transação.

Todavia, **em abril de 2022** (36 meses após o vencimento pactuado e mais de 4 anos após as negociações) a Requerente ajuizou o processo executivo que deu origem ao pedido de falência.

Após os trâmites para citação e formação da relação processual, a Requerente efetuou **nada além de 2 tentativas** naqueles autos para busca por bens e recebimento efetivo dos valores:

- a. Tentativa de bloqueio online via “Bacenjud” infrutífera, realizada em **novembro de 2022; e**
- b. Pedido de diligências via sistema “SNIPER”, **indeferido** pelo MM. Juízo em **maio de 2023.**

Esse contexto fático é importante para se verificar que, pelos fundamentos de mérito a seguir, **deve ser julgado improcedente este pedido de falência**, atribuindo-se à Requerente os respectivos ônus sucumbenciais.

Senão, vejamos.

1. DA INOCORRÊNCIA DE EXECUÇÃO FRUSTRADA

Conforme documentos acostados à inicial, a Requerente pleiteou no processo de origem a expedição de certidão para ajuizar o presente

pedido de falência com base em execução frustrada, após somente **duas tentativas infrutíferas de localização de bens** – sendo somente uma delas efetivamente deferida.

Importante rememorar a linha do tempo. O suposto contrato de mútuo é celebrado em novembro de 2017, com vencimento para maio de 2019. Não verificado o pagamento a execução é ajuizada em abril de 2022, sendo a citação determinada naquele mesmo mês.

A tentativa de bloqueio online via “Bacenjud” infrutífera é realizada em novembro de 2022, e o pedido de diligências via sistema “SNIPER”, indeferido pelo MM. Juízo, **ocorre em maio de 2023**.

Imediatamente após, é requerida a expedição de certidão específica para o pedido de falência, o que **ocorre em junho de 2023**.

Em resumo, em um intervalo de sete meses, com poucos atos processuais ocorridos neste interim, a Requerente “converteu” a execução no presente pedido de falência, sem, nem de longe, esgotar as tentativas válidas – e menos onerosas – para buscar o recebimento de seu suposto crédito.

A Requerente não esgotou os meios razoáveis para localizar bens (e.g., SISBAJUD, RENAJUD, INFOJUD), o que é necessário para caracterizar a execução frustrada de maneira inequívoca.

Não se desconhece que a certidão foi expedida nos termos que a lei falimentar estabelece (art. 94, II, Lei nº 11.101/2005). Mas o fato é que: a. a certidão foi assim expedida **a pedido da Requerente**; e b. tanto a

certidão quanto a cópia integral da execução que instruem o presente pedido mostram que foram **duas tentativas de constrição: uma infrutífera, a outra sequer deferida!**

A ausência de diligências suficientes implica falta de interesse de agir (art. 485, VI, CPC/2015) e por isso deve descaracterizar o pedido de falência baseado em execução frustrada, com a devida vênia.

A falta de interesse de agir resulta da análise da situação fática aqui versada, uma vez que em eventual procedimento concursal, o crédito da Requerente estaria enquadrado ou como quirografário – origem comercial, sem garantia – ou, na hipótese mais provável, sub-quiografário, pela leitura do artigo 83, inciso VIII, alínea “b” da Lei Falimentar. Em ambos os cenários, a possibilidade de recuperação dos valores investidos em operação societária travestida de mútuo seria praticamente **nula**.

Neste sentido, leciona o Professor Fábio Uíhoa Coelho:

*"(...) Mas, regra geral, é o credor que tem mais interesse na instauração do processo de execução coletiva. Até porque o pedido de falência tem se revelado um eficaz instrumento de cobrança. A despeito do que afirma a maioria da doutrina e da jurisprudência, **fato é que o credor, ao ajuizar o pedido de falência, em função da impontualidade do devedor, quer mais o recebimento de seu crédito e menos - consideravelmente menos - a falência do devedor.** A forma de entender esta ação judicial, esta etapa do processo falimentar, que melhor se ajusta à realidade, é, portanto, considerando-a uma espécie de cobrança judicial. Contudo, esta não é a forma que corresponde àquilo que o legislador deixou assente no texto legal. O credor, segundo o que imagina a lei, teria o interesse na instauração do processo de*

execução concursal. Este seria o seu objetivo, que o devedor, cumprindo em juízo a obrigação devida, acabaria por frustrada".(grifos nossos)²

Dispõe o art. 17 do Código de Processo Civil que “*para postular em juízo é necessário ter **interesse e legitimidade***”.

Quanto à questão do interesse, Nelson Nery Junior afirma que ‘*Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, **quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.***’

Já Moacyr Amaral Santos diz que ‘*há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso **mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.***’

Humberto Theodoro Junior, citando Alfredo Buzaid, considera: ‘*O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais (citando Alfredo Buzaid, Agravo de Petição, n°. 39, p. 88/89).*’

² Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho - 28ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. pg. 238.

Logo, pela absoluta ausência de comprovação que a execução foi de fato frustrada, dado que não se esgotou as providencias de praxe visando a recuperação do suposto crédito, **é caso de indeferimento do pedido de falência**, a exemplo de casos similares em nossa jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FALIMENTAR. EXECUÇÃO FRUSTRADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 94, II, LEI N.º 11.101/05. TRÍPLICE OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA

Não se concretiza a insolvência presumida prevista no art. 94, II, da Lei n.º 11.101/05 se, além de haver processo autônomo de execução buscando a satisfação do crédito inadimplido, não há prova robusta da tripla a omissão alegada.

Igualmente, o pedido de falência não pode ser sucedâneo de ação de cobrança, e, em homenagem ao princípio da preservação da empresa inserto no art. 75 da Lei n.º 11.101/2005, não se admite que a quebra seja ocasionada por valor ínfimo que não reflita a repercussão sócio-econômica do ato apontado.

Recurso conhecido, mas improvido. (TJMG - Apelação Cível 1.0056.10.005286-1/001, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/05/2017, publicação da súmula em 04/07/2017)

2. MÚTUO FICTÍCIO – APORTE DE SÓCIO – IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

Conforme documentos apresentados nesta defesa – a serem corroborados por regular produção de prova oral, documental e pericial, o que desde já se requer - o mútuo feneratício que deu ensejo à execução supostamente frustrada encobre uma operação de compra de participação societária entre Requerente e Requerida.

Tal simulação contratual implica a ausência de crédito líquido, certo e exigível, requisito essencial para o pedido de falência nos termos do artigo 94 da Lei nº 11.101/2005.

O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) em seu artigo 167 dispõe que é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. No caso, como o mútuo foi utilizado para subsistir ao final como uma transação societária, o contrato de mútuo pode ser anulado ou reclassificado, descaracterizando a exigibilidade do crédito, **o que desde já se requer**, pelos fatos e fundamentos aqui expostos.

Referido pedido comporta fundamento nos arts. 166, VII e 167 do Código Civil, bem como no art. 278, § único do Código de Processo Civil, dos quais se depreende que *“É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.”*

A simulação configura-se quando as partes declaram vontade diversa da que realmente tiveram, com o intuito de enganar terceiros ou disfarçar a realidade jurídica. Neste caso, trata-se de nulidade absoluta, podendo ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive de ofício pelo juízo, consoante os arts. 168 e 169 do Código Civil.

Além dos dados aqui apresentados, com a devida dilação probatória, será possível concluir que os negócios (real e simulado) estão intrinsecamente interligados (e, portanto, constituem uma simulação, conforme art. 167, §1º, I, do Código Civil) uma vez que ambos – a aquisição de participação societária e o mútuo – **foram negociados na mesma época, pelo mesmo valor, pelas mesmas pessoas.**

Acrescenta-se ao cenário de simulação que toda a negociação foi levada a efeito pelo Sr. Agnaldo, embora os instrumentos tenham sido redigidos em nome de sua filha, Sra. Mariana.

Se poderia cogitar que a simulação seria irrelevante, porque teve objeto lícito e teria correspondido a um empréstimo financeiro, mas assim não é por uma questão absolutamente relevante: compra de participação acionária equivale a aporte de sócio, cenário no qual este **assume o risco** de que a operação da empresa consuma aquele recurso. **Risco, aliás, que tanto o Sr. Agnaldo quanto a Sra. Mariana conheciam.**

É um cenário totalmente diferente de um mero empréstimo financeiro, onde, por mais que se considere o risco de inadimplência, se espera a devolução dos recursos. O aporte de capital, formalizado por subscrição de quotas/ações, integra o patrimônio da sociedade e confere ao sócio direitos societários, como participação nos lucros e no controle. **Mas não necessariamente o retorno deste investimento.** Em especial quando a empresa não apresenta resultados positivos.

No caso dos autos, as provas indicam que a intenção era realizar um aporte de capital – a empresa deixaria de ser unipessoal a partir da entrada da Sra. Mariana como sócia - disfarçado de mútuo feneratício, motivo pelo qual a operação deve ser reclassificada como um aumento de capital social, com base no princípio da primazia da realidade. Neste sentido:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITAR - MÉRITO -

NATUREZA DA CONTA - UTILIZAÇÃO COMO CONTA-SALÁRIO - APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL Nº 3.402 - COBRANÇA ILEGAL DE TARIFAS - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - SIMPLES - DANOS MORAIS - CONFIGURADOS - VALOR DA INDENIZAÇÃO.

- Nos casos em que a parte requerente nega a contratação dos serviços que deram origem aos descontos em folha de pagamento ou benefício previdenciário, incumbe à parte demandada a comprovação da regularidade da sua conduta, não sendo justo impor àquele que nega a existência da contratação a impossível produção de prova negativa.

- Contudo, tal distribuição não implica em inversão do ônus da prova, considerando que a regra do art. 373, inciso II, do CPC/2015, atribui ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor - Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

- Ainda que o autor tenha assinado contrato de abertura de conta corrente, vislumbra-se que se trata de hipótese de aplicação do princípio da primazia da realidade sob a forma, devendo ser considerada conta-salário e, por conseguinte, aplicadas as normas referentes a esta modalidade de contratação.

- Por força do Regulamento 3.402 do Banco Central, a instituição financeira contratada não pode cobrar, a qualquer título, tarifas destinadas ao ressarcimento pela realização dos serviços, em se tratando de conta-salário.

- Em virtude da não demonstração do dolo ou da má-fé por parte da instituição financeira ao realizar os referidos descontos, impõe-se a restituição na forma simples.

- A responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem.

- Demonstrada nos autos a irregularidade dos descontos realizados no benefício previdenciário do beneficiário, existe o dever de indenizar pelos danos materiais e morais sofridos.

- A privação do dinheiro proveniente de seu benefício previdenciário e que seria usado para suas necessidades, por si só, configura dano moral, passível de reparação.

- A fixação do valor da indenização por dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o arbitramento da verba indenizatória. Dito

isso, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio e, tendo sempre em mente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização, o qual deve ser suficiente para reparar o dano, sem implicar em enriquecimento sem causa, mas, também, sem se afastar do seu caráter pedagógico.”

(TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.278018-3/001, Relator(a): Des.(a) José Eustáquio Lucas Pereira , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/02/2022, publicação da súmula em 23/02/2022) - grifamos

Em harmonia com o que se afirmou, aplica-se ao caso vertente também o princípio da boa-fé-objetiva, especialmente no que concerne à regra disposta no art. 112 do CC, de acordo com a qual **“[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”**

Como é salutar, o aplicador do direito deve se manter atento diante da existência de outros meios de prova que retratam acontecimentos da fase pré-contratual sobretudo quando capazes de revelar que as partes intencionavam operação diversa daquela declarada no instrumento ao final celebrado. E na existência de mudança repentina em relação aos ajustes que se vinham propondo, deve-se verificar que as justificativas para tal encontram amparo no direito positivo.

De fato, não se pode prestigiar o abuso das formas, permitindo-se que a parte economicamente dominante da relação possa se colocar em situação jurídica absolutamente incompatível com aquela verdadeiramente intencionada, com o intuito de escapar das consequências que sobre si recairiam naturalmente caso declarasse sua verdadeira vontade no negócio formalizado ao final.

No caso dos autos, a transação verdadeiramente intencionada objetivava permitir que a Requerente, ou seu genitor (Sr. Agnaldo, que por meio dela operava), pudesse investir em um empreendimento que ainda se mostrava promissor aos seus olhos. Mas para evitar os riscos de qualquer empreendimento empresarial, sobretudo em tempos de incerteza do cenário econômico, impôs-se à Requerida a aceitação de um “*mútuo simulado*” como único meio para viabilizar o ingresso dos mesmos recursos que se pretendia aportar pela constituição de uma Sociedade em Conta de Participação (“SCP”).

Dessa forma, a Requerente, ou seu genitor, ficaria livre para escolher ao seu mero alvedrio se prosseguiria ou não como sócia oculta da Requerida, ou se a abandonaria conforme sua livre conveniência, com a garantia de poder exigir a **restituição da integralidade do valor aportado**, pouco importando, se o aporte financeiro constitutivo do patrimônio especial (art. 994 do CC) foi ou não consumido pela própria atividade da Requerida. Fosse isto ajustado no contrato social de SCP, o ajuste revelaria “*condição puramente potestativa*”, o que é nulo de pleno direito, na esteira do art. 122, *in fine* do CC:

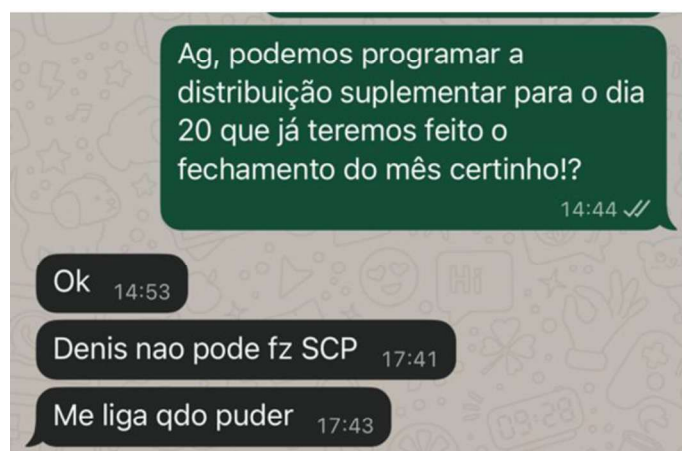
*“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; **entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.**”* (g.n.)

Portanto, a simulação ora revelada se constituiu meio cujo resultado prático equivale àquele em que se operaria uma condição puramente potestativa, mas com a vantagem de que o aparente mútuo disfarça a nulidade que haveria se fosse declarada expressamente a real intenção da Requerida, ou de seu genitor, em contrato social de constituição de SCP.

Não bastasse isso, por meio de aparente mútuo feneratício a Requerente busca escapar das regras de liquidação impostas pelo art. 996 do CC, que naturalmente impõem aos sócios ostensivo e oculto a distribuição proporcional dos valores que integram o patrimônio especial ao tempo da liquidação da sociedade, o que não garante ao sócio oculto o direito à restituição da integralidade do aporte por esse anteriormente realizado.

O contrato na forma que foi celebrado não corresponde à real intenção das partes. Como dito anteriormente, a Sra. Mariana era uma entre diversos potenciais interessados em investir no negócio, **visto que as partes eram sócias em outro empreendimento do mesmo ramo comercial.** Basta verificar o número de sócios na constituição da empresa e a saída maciça de sócios quando do agravamento da situação financeira.

O formato oferecido a estes interessados foi a de Sociedade em Cotas de Participação, como de fato ocorreu neste e em outros empreendimentos. Todavia, na última hora, a pedido do Sr. Aginaldo, a operação foi convertida em mútuo:



A análise desta questão e das respectivas provas não somente é cabível como necessária no âmbito do presente processo de pedido de falência. Neste sentido:

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVAS EM PRETENSÃO FALIMENTAR FUNDADA EM EXECUÇÃO FRUSTRADA. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A RELAÇÃO CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da pretensão de falência que, deferiu a produção de prova oral e, postergou análise do deferimento da produção da prova pericial, que visava à apuração de vícios contratuais e abusividade na cobrança do crédito, à realização da audiência de instrução e julgamento.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há duas questões em discussão: (i) definir se a extinção dos embargos à execução impede a produção de provas na pretensão de falência sobre a validade do crédito; (ii) estabelecer se é admissível, em pretensão falimentar fundada em execução frustrada, a produção de provas sobre vícios contratuais e abusividade na cobrança.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A extinção dos embargos à execução, por ausência de recolhimento das custas iniciais, não produz efeito preclusivo sobre a possibilidade de produção de provas em pretensão de falência, por não haver decisão de mérito que impeça a rediscussão do conteúdo do título executivo.

A agravada não pretende a rediscussão da decisão extintiva dos embargos, mas, sim, exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório no âmbito da pretensão falimentar, mediante a produção de provas que entende pertinentes à análise da relação obrigacional subjacente.

Em sede de pedido de falência por execução frustrada, é lícita a demonstração, pelo devedor, de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da obrigação, inclusive mediante prova oral e pericial, especialmente quando voltada à apuração de vícios contratuais e abusividade na cobrança.

IV. DISPOSITIVO

Recurso desprovido.

(TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.25.015758-3/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo de Oliveira Milagres, 21ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 04/06/2025, publicação da súmula em 09/06/2025)

O Mútuo Feneratício tem previsão no art. 586 do Código Civil, como contrato de empréstimo de dinheiro ou bens fungíveis, com obrigação de restituição, acrescida ou não de juros. É uma relação credor-devedor, onde o mutuante tem direito a receber o valor emprestado na data de vencimento.

Em caso de falência, o crédito é quirografário (caso não haja previsão de garantia real), e exigível independentemente do desempenho da empresa, salvo cláusulas contratuais específicas.

Já o aporte de sócio geralmente ocorre por subscrição de novas quotas/ações, integrando o capital social (art. 1.055 do Código Civil), cenário no qual, **os recursos tornam-se parte do patrimônio da sociedade**, e o sócio recebe os direitos societários (participação nos lucros, votação, etc.).

É exatamente o que constava da minuta trocada entre as partes, inclusive com todas as ressalvas naturais quanto ao risco do negócio.

Não há "cobrança" do valor aportado, pois o sócio não tem direito à restituição do valor, salvo em casos de dissolução da sociedade ou apuração de haveres (art. 1.031 do Código Civil). O retorno vem na forma de lucros ou eventual venda de quotas/ações.

A Requerente do pedido de falência busca recuperar investimentos que seriam convertidos em ações da sociedade, todavia, ao verificar o agravamento da situação financeira, passou a tratar a questão como se mero mútuo de dinheiro fosse. Somente isso já enseja o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico, aqui pleiteada.

Não é demais recordar que a Lei Falimentar, assim como o Código Civil, não admite a distorção dos fatos e intenções das partes com o intuito de obtenção de vantagem:

Indução a Erro

art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Por tais fatos e fundamentos, aguarda que este MM. Juízo reconheça e declare, nestes autos, **a nulidade do negócio jurídico aqui abordado por visível ocorrência de simulação**, o que, por consequência, significará a **improcedência** do pedido de falência.

3. MEIO MAIS ONEROSO DE EXECUÇÃO

Na visão desta Requerida, diante do contexto já explanado, decretar a quebra da empresa após 2 meras tentativas de bloqueio eletrônico de valores e com isso considerar a execução como frustrada, equivaleria a negar aplicação concreta ao preceito insculpido no art. 805 do Código de Processo Civil, que dispõe o seguinte:

“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.”

A Requerida bem conhece a orientação do E. Tribunal de Justiça Bandeirante no sentido de que a opção pelo pedido de falência é um caminho válido para o credor, independentemente da efetiva comprovação de insolvência da devedora.

Todavia, pelo contexto já apresentado, a liquidação falimentar, na forma aqui pretendida, data vênua, mostra-se abusiva, sem que outros meios de cobrança, menos gravosos à Requerida, fossem sequer cogitados na execução de origem, contrariando assim os termos do artigo 805 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, importante salientar o entendimento do ilustre professor NELSON NERY JÚNIOR, que assevera:

“(…) como conseqüência desse temperamento da situação de vantagem que o credor tem sobre o patrimônio do devedor, traça limites para a atuação

do devedor, impedindo-lhe de escolher o meio mais gravoso para o devedor, para a satisfação de seu crédito. Ao juiz a lei comina o dever de dirigir o processo para que a execução se faça de maneira menos gravosa para o devedor.” (Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, Ed. RT, p. 1.015).

Insta registrar que o artigo 805 do Código de Processo Civil é norma cogente, de conteúdo ético e social, que deve ser obrigatoriamente observada pelo Poder Judiciário.

Havendo várias maneiras de satisfação do débito, deve ser obrigatoriamente observada pelo juiz a forma menos gravosa ao devedor, o que não se vislumbra no caso em tela.

Nessa mesma linha, o renomado mestre Pontes de Miranda dispõe, ao comentar o antigo Código de Processo Civil, que:

“Na aplicação do art. 620³, o juiz não tem arbítrio, mas sim dever de escolher o modo menos gravoso para o devedor” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976, t. X, p. 43).

Nesse mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE FALÊNCIA – DECRETAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ATO MAIS GRAVOSO PARA O DEVEDOR – PRETENSÃO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em que pesem os argumentos trazidos pela agravada e a adequação do caso à exigência do art. 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, verifica-se que **a decretação da falência se torna uma determinação mais gravosa para a empresa devedora, podendo acarretar até mesmo o seu fechamento e a impossibilidade de quitar os seus débitos. Deve ser afastada a decretação, quando restar constatado que a credora vem**

³ Artigo equivalente no CPC de 1973

utilizando o requerimento de falência como ação de execução de título extrajudicial, o que não se pode admitir.

(**TJMS**. Agravo de Instrumento n. 1409399-63.2020.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 31/08/2020, p: 08/09/2020)

Não é demais relembrar que a falência significa a liquidação **imediate** da empresa, sem que se cogite qualquer possibilidade de recuperação de atividades e com isso o decorrente cumprimento das obrigações em aberto.

Assim, a “solução” pretendida não é mais gravosa somente à Recorrente. É igualmente prejudicial aos credores desta, pois passariam a concorrer com os demais credores em um procedimento sem possibilidades de negociação, e vendo seus créditos serem obrigatoriamente classificados – e por consequência limitados – na forma do artigo 83 da Lei Falimentar. Seria muito mais positivo aos credores que a satisfação de seus débitos ocorresse em um cenário com liberdade ampla para negociação!

Desta forma, demonstra-se cabalmente que a falência implica em maior onerosidade à Requerida – e por via indireta, também aos seus credores, impondo-se, por isso, o indeferimento do pedido inicial.

4. DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS

A Lei de Falências permite ao Requerido, como denota o bom direito, ampla defesa.

Em seu artigo 96, fica expresso que a falência não será declarada se o Requerido provar “*falsidade de título; (...) nulidade de obrigação ou de título; qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; (...)*”

Devemos recordar que a hipótese versada nos autos é bastante complexa, pois o título apresentado no pedido de falência é um contrato de aquisição de participação societária “disfarçado” de mútuo feneratício.

É preciso se analisar a fundo a relação negocial entre as partes, por meio de produção de prova oral, documental e pericial – **todas expressamente requeridas neste ato** – para que se chegue a uma conclusão inequívoca da real relação entre as partes.

Na pior das hipóteses, caso se entenda que é realmente caso de falência, aproveitar-se-ia a prova para se verificar a participação da Sra. Mariana – e seu representante/representado, Sr. Agnaldo – na gestão da Requerida, verificando-se se é o caso de sua participação no futuro procedimento falimentar para cumprimento dos deveres previstos nos artigos 99, 104 e demais da Lei de Quebras.

Deste modo, roga-se a V. Exa. que possibilite à Requerida **todos os meios legais de prova** a fim de atestar nestes autos que o pedido de quebra é descabido, em especial perícia contábil sobre a relação entre as partes, de maneira a se verificar o nítido descabimento do pedido de falência.

PEDIDOS FINAIS

Considerando as matérias de fato e de direito aqui colacionadas, aguarda seja o presente pedido de falência julgado **improcedente**, atribuindo-se à Requerente os respectivos ônus sucumbenciais.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Requer, ao final, a anotação dos dados dos subscritores para fins de intimações, sob pena de nulidade.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 11 de julho de 2025.

Julio Kahan Mandel
OAB/SP 128.331

Paulo C. S. Calheiros
OAB/SP 242.665

Documento assinado digitalmente
gov.br DENIS ENDO NICOLINI
Data: 11/07/2025 18:25:05-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Pela Requerida:

UN RESTAURANTE LTDA.